

4^o
Diss.
3912
27

4^o D_{i/s} 3912 (27.

D E
EXCEPTIONE DIVISIONIS

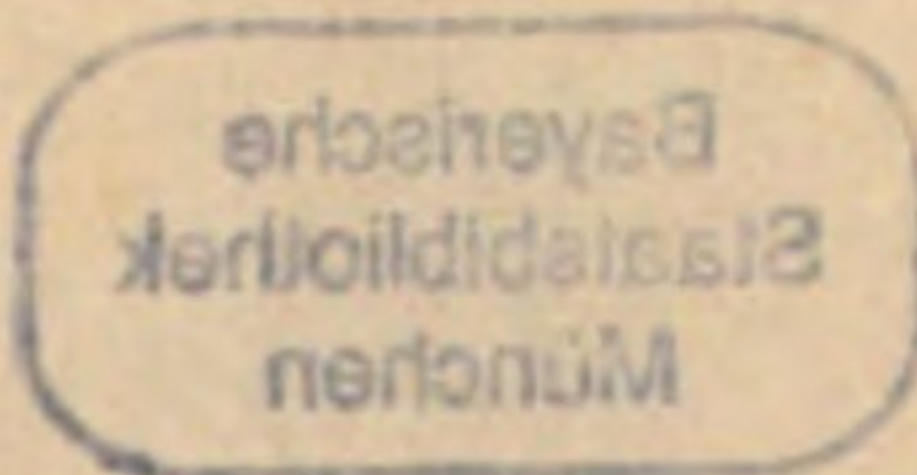
SCRIPSIT

GEORGIUS ARNOLDUS AUGUSTUS GROTEFEND,
GOTTINGENSIS.

Quod DEUS bene vertat !

*Commentatio in certamine literario civium Academiae Georgiae Augustae
ex sententia Illustrissimi Jureconsultorum Ordinis die IV mensis Junii
anni MDCCCLII praemio Regio ornata.*

G O T T I N G A E
A P U D V A N D E N H O E C K E T R U P R E C H T.
M D C C C L I I .



DE

EXCEPTIONE DIVISIONIS

SCRIPTIS

GEORGII ARNOBII AUGUSTI GROTEFENDI

GOTTINGENSIS

Quod DEUS bene vertat!

Commentatio in certamine literario eorum Academicarum Georgiae Augustae
et sententia Illustrissimi Juriconsultorum Ordinis die IV mensis Junii
anni MDCCCLII praemio Regio ornata.

GOTTINGAE
APUD VANDENHOECK ET RUPECHT
MDCCCLII.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

VIRO CLARISSIMO

PRAEFATIO.

FRIDERICO CAROLO KRAFT

Quam illo THEOLOGIAE ET PHILOSOPHIAE DOCTORI, nostrae Aca-
demiae Professorum Ordinibus quaestiones ad disceptationis certamen poni
solent, PROFESSORI ET GYMNASII JOHANNI HAMBURGENSIS DIRECTORI

„explicarentur principia juris Romani de exceptione quam
„vocant divisionis, ita ut non tantum, quibus in causis ex-
„ceptionem locum habere posset, quaereretur, sed ut natura quoque
„et effectus hujus exceptionis accurate describeretur“,
postularet, hanc quaestionem solvere coepi quidem mihi stabat. Et
revera juvenili illo ardore, qui, ut difficultates non superatas non
animadvertamus, facillime efficit, excitatus apertis initium expediebam;
sed haud longo temporis spatio intermisso, quae susceptam virium mea-
rum modulam fere superare intelligebam. Ne igitur illius quaestiones
solutio alacrius quam prudentius brevi omittatur, valde
erat metuendum. Sed animo scilicet socio viribusque ipsa contestatione
firmatis incepta ad finem, ut illo die ante festas Martiae commenta-
tionem meam de exceptione divisionis scriptam Illustrissimo Jureconsul-
torum Georgiae Augustae Ordini tradere possem, perduxi. In hoc vero
libello permulta, in quibus PII GRATIQUE ANIMI TESTEM
scitiae vestigia haerent, inesse ne ego quidem ignorabam. Nam quum
primum hujusmodi libellum componerem, in ipso opere perficiendo,
qua ratione talis res sit agenda, — non admodum! — mihi erat discen-
dum. Saepissime autem in rebus praeparatoriis diutius commorabar,
ita ut extremo tempore, quod mihi ad opus perficiendum restabat, ni-
mia libelli pars conscribenda esset. Qua de causa, ut tamquam commen-
tationis retractandae et perpolicandae mihi deesset, accidit. Sed mira
profecto humanitate Ordo ille maxime celebrandus de hac juvenili com-
mentatione judicans solidam et grandem apud me iniiit gratiam. Judi-
cium autem, quod hac de re latum est, hisce verbis erat conceptum:

OBTULIT

AUCTOR.

VIRO CLARISSIMO

FRIDERICUS CAROLO KRAETZ

THEOLOGIAE ET PHILOSOPHIAE DOCTORI

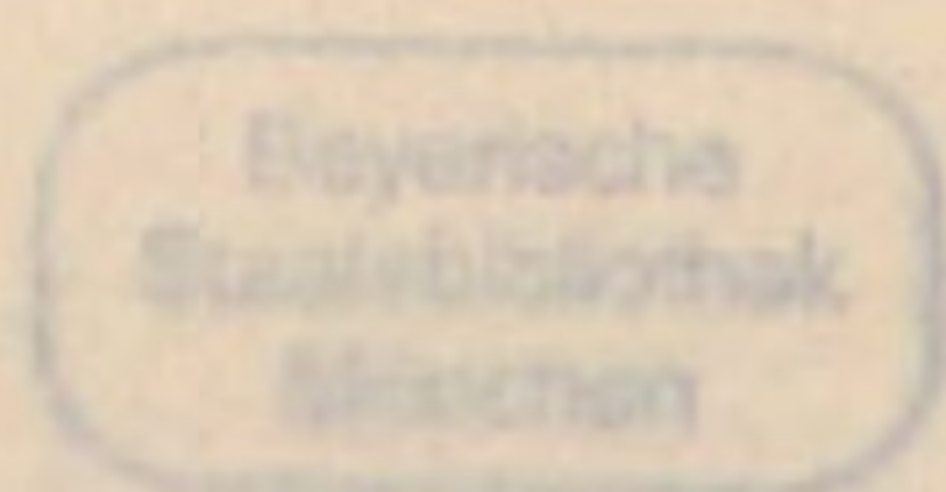
PROFESSORI ET GYMNASII JOHANNI HAMBURGENSES DIRECTORI

HUNC LIBELLUM

PER GRATIAM ANIMI TESTEM

ORBIT

AUCTOR.



PRAEFATIO.

Quum illo anni praeteriti die, quo ab omnibus nostrae Academiae Professorum Ordinibus quaestiones ad disceptationis certamen poni solent, illustrissimus Jureconsultorum Ordo, ut

„explicarentur principia juris Romani de exceptione quam
„vocant divisionis, ita ut non tantum, quibus in causis ex-
„ceptio locum habere posset, quaereretur, sed ut natura quoque
„et effectus hujus exceptionis accurate describeretur“,

postularet, hanc quaestionem solvere conari quidem mihi stabat. Et revera juvenili illo ardore, qui, ut difficultates non superatas non animadvertamus, facillime efficit, excitatus operis initium expediebam; sed haud longo temporis spatio intermisso, opus susceptum virium mearum modulum fere superare intelligebam. Ne igitur illius quaestionis solutio alacrius quam prudentius incepta perbrevis omitteretur, valde erat metuendum. Sed animo sensim aucto viribusque ipsa contentione firmatis incepta ad finem, ut illo die ante Kalendas Martias commentationem meam de exceptione divisionis scriptam illustrissimo Jureconsultorum Georgiae Augustae Ordini tradere possem, perduxi. In hoc vero libello permulta, in quibus tum festinationis levitatisque tum etiam incitiae vestigia haerent, inesse ne ego quidem ignorabam. Nam quum primum hujusmodi libellum componerem, in ipso opere perficiendo, qua ratione talis res sit agenda, — sero admodum! — mihi erat discendum. Saepissime autem in rebus praeparatoriis diutius commorabar, ita ut extremo tempore, quod mihi ad opus perficiendum restabat, nimia libelli pars conscribenda esset. Qua de causa, ut tempus commentationis retractandae et perpoliendae mihi deesset, accidit. Sed mira profecto humanitate Ordo ille maxime celebrandus de hac juvenili commentatione judicans solidam et grandem apud me iniit gratiam. Judicium autem, quod hac de re latum est, hisce verbis erat conceptum:

VI

„Die zweite, ebenfalls zeitig eingereichte Schrift ist mit den Worten: *Quod Deus bene vertat*, bezeichnet.

Sie ist in allen Theilen mit gleicher Gründlichkeit und mit verständigem Urtheil gearbeitet, und zeigt, dass der Verfasser eine genaue Kenntniss der Quellen und der hier eingreifenden Literatur sich erworben hat. Freilich musste die Facultät wünschen, dass der Verfasser, welcher zuweilen in einem Streben nach Vollständigkeit unerhebliche Nebepuncte und Irrthümer älterer Schriftsteller zu ausführlich prüft und erörtert, sich hierin beschränkt hätte, und anstatt dessen die wichtigsten Theile der Lehre ausführlicher noch und selbständiger erörtert und dargestellt hätte. Namentlich musste der Verfasser die wichtige früher gar nicht oder höchst unvollkommen erörterte Frage: ob die Wirkungen der Einrede, wie sie in den Pandecten hingestellt sind, nicht etwa als blosse Folgen der processualischen Consumtion der Klagen betrachtet werden können — statt sich darauf zu beschränken, auf Girtanners neueste Ausführungen zu verweisen, einer selbständigen Untersuchung unterziehen. Allein ungeachtet dieser im Einzelnen zu machenden Ausstellungen musste die Facultät doch der Ansicht sein, dass diese Schrift nach Form und Inhalt eines academischen Preises würdig sei.“

*Ita igitur, ut mea commentatio nunc in vulgus procedat, contin-
git. Sed, etiamsi, quod in illo iudicio praeceptum est, exsequi stu-
dium, ne nunc quidem huic libello nihil aut addi aut adimi posse existi-
mare cogor. Itaque ut Vos quoque, quorum in manus incidet, in eo
iudicando frontes remittatis oro rogoque. Imprimis, nonnullos libros,
quibus in priore libelli parte fontibus usus sum, quum eam commenta-
tionis partem, quae antea erat prior, nunc post alteram postposuerim,
parum accurate significatos esse, ut excusetis, quaeso. Quum vero
numerus eorum vere exiguus sit et libri altera certe parte accurate no-
minentur, fore ut hanc rem mihi ignoscatis spero.*

Scribebam Gottingae die VII ante Kalendas Octobres MDCCCLII.

A. Grotefend.

DE EXCEPTIONE DIVISIONIS.

DE EXCEPTIONE DIVISIONIS.

PROOEMIUM.

I. De lege Furia de sponsu.

Exceptio divisionis, de qua in hac commentatione agetur, posteriore quidem juris romani aetate ex epistola quadam Imperatoris Hadriani nata est, sed initium hujus libelli ab antiquissima quadam lege incipiendum nobis erit. E lege enim Furia, quae inscribitur „de sponsu“, creditoris actio, qua antea unum e pluribus sponsoribus aut fidepromissoribus in solidum convenire ei licebat, divisa est, ita ut singuli sponsores aut fidepromissores pro partibus tantum virilibus teneantur. Quamquam autem legis Furiae beneficium, quum actionem non exceptionis via, sed ipso jure dividat, ab epistolae auxilio valde distat, tamen, ut beneficii nostri historiam accuratius cognoscamus, ab illa lege, actionis fidejussoriae divisionis quasi fonte ac principio, narrationis initium faciemus. Tum vero vetus illud beneficium cognoscere, quum in eo argumentum, quo ad effectum exceptionis divisionis explicandum utuntur, insit, haud mediocriter nostra interest.

Postquam lege Apuleja ¹⁾ plures sponsores aut fidepromissores in solidum obligati non male adjuvari coepti sunt, aequiore haud dubie mente commoti lege Furia ²⁾ hoc remedium ita quasi correxerunt, ut

¹⁾ Unus Gajus hujus legis mentionem facit, cfr. Inst. Comment. III, 122. Ea autem constitutum erat, ut singuli sponsores et fidepromissores in solidum quidem teneri pergerent, sed ut is, qui creditori solidum solvisset, actione a creditore quasi emta a reliquis plus virili parte solutum repetere posset. — De tempore, quo haec lex lata sit, nihil constat nisi eam ante legem Furiam latam esse. Cfr. Gaj. l. l. Burchardi: das System und die innere Geschichte des röm. Privatrechtes, T. I. §. 55. et II. p. 831. eam sexto saeculo latam esse, quia etiam ad sponsores in provinciis pertinebat, putat.

²⁾ Ne haec quidem lex alias atque apud Gajum III, 121. 122; IV, 24. memoratur. Ex recentioribus juris scriptoribus cfr. hac de lege: Gans Scholien zum Gajus p. 413; A. G. de Schroeter, diss. de sponsoribus et fidepromissoribus. Jenae 1822. p. 22. 23—29; Sell in Zeitschrift für Civilrecht und Process. T. IV. p. 26; v. Wening-Ingenheim, eod. T. IV. p. 406;

verum beneficium divisionis inde profectum sit. Quod quum beneficium sponsoribus et fidepromissoribus in Italia tantum competeret, in provinciis hi in solidum obligati manebant neque ullo auxilio nisi legis Apulejae remedio uti poterant ³⁾).

§. 4. Quibus in causis legis Furiae beneficium locum habuerit.

L. Furia proinde ac l. Apuleja ad sponsores tantum et fidepromis-

v. Schroeter *ibid.* T. VI. p. 435 sq. Ribbentrop: Zur Lehre von den Correal-Obligationen. p. 108; Schrader in *editione Corp. Jur. Civil.* T. I, ad §. 4. J. III, 20; Burchardi l. l. p. 831. 2); Schweppe, *röm. Rechtsgeschichte*, ed. II. §. 320; Heineccius, *Antiquitat. Romanar. Syntagma*, ed. C. F. Mühlenbruch. 1841. III, 21. §. 8. n. 8; Puchta, *Cursus der Institutionen.* III. p. 45. W. Girtanner: die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht. p. 17. De tempore vero, quo l. Furia lata sit, haud plura quam de legis Apulejae aetate nobis traduntur. Sed legem Furiam post legem Aquiliam latam esse, e Gaj. IV, 22, ubi vox „postea“ sic est explicanda: „post legem Aquiliam“, constare nobis quidem videtur. Quum vero, etiamsi cum Heineccio l. l. IV, 3. §. 4. et ibidem laudato Pighio Aquilium Gallum, qui a. DLXXII tribunus plebis et a. DLXXVII a. U. c. praetor Siciliae fuisse fertur, illius legis auctorem fuisse pro certo habemus, spatium temporis inter l. Aquiliam et l. Furiam interpositi ignoremus, illud temporis indicium id tantum efficere potest, ut l. Furiam antiquiorem esse putemus. Schroeterus (*diss. cit.* p. 42), eam Ciceronis fere tempore promulgatam fuisse, quum — Gajo auctore — tempore, quo legis actiones nondum abolitae erant, lata sit, censet. Multo post Ciceronis tempus l. Furia ne nobis quidem lata esse videtur; Burchardi l. l. eam paullo post legem Apulejam latam esse existimat. Cfr. Girtanner p. 91: „Was wir darüber (sc. die Zeit der l. Furia) wissen, ist: 1) dass sie zu Cicero's Zeit noch nicht vorhanden war. Diess sehen wir aus folgender Stelle eines seiner Briefe an den Atticus (XII, 17.): Quod pro carnificio etc. — sitne ita. Er spricht von dieser Sache in mehreren Briefen, aber überall so, als ob er wirklich hafte. Wäre er durch Zeitablauf befreit gewesen, so würde ihn weder der Flavius gemahnt haben, mit der Bemerkung, dass er vor 25 Jahren sich verbürgt habe, noch könnte es von Belang sein, ob er wirklich eine Sponsio damals geschlossen habe, was doch Atticus untersuchen soll. 2) Sie muss kurz nachher — wohl noch zu Ende der Republik — gegeben worden sein, da sie noch eine legis actio einfuhrte.“

³⁾ Gaj. III, 122: „nam lex quidem Furia tantum in Italia valet, Apuleja etiam in ceteris“ (sc. praeter Italiam regionibus). Puchta l. l. p. 28. n. o. etiam leges illas antiquas de fenore in Italia tantum valuisse suspicatur, et de lege Caesaris apud Tacit. Ann. VI, 16 init. commemorata hoc constare dicit. Sed ut illae lages ad Italiam tantum pertinerent, reipublicae ratio desiderasse videtur. De lege quidem Caesaris hoc docet Walther in Taciti editione ad illum locum. Lex autem Apuleja et l. Furia, quum sponsores et fidepromissores nullis obligationibus nisi juris civilis accedere possent (Gaj. III, 119.), ad provincias romanas pertinere certe nequibant.

sorēs pertinebat : fidejussores autem ab hujus quoque legis beneficio exclusos fuisse a Gajo praecipue commemoratur. Unde facillime existit quaestio, qua de causa, quū auxilium divisionis ex l. Furia etiam ad fidejussores pertinere opinio esset tam naturalis, ut definita et certa semper exclusione eorum opus esset, ne fidejussores quidem in solidum obligati hac lege adjuti sint. Sed sine ullo dubio hujus rei causa est, quod intercessio fidejussorum eo tempore, quo l. Apuleja et l. Furia latae sunt, non erat in usu ⁴⁾. Quod vero Gajus fidejussoribus hoc beneficio uti non licuisse verbis quam manifestissimis dicit, quum multis de causis hoc factum esse possit, huic sententiae non obstat ⁵⁾.

§. 2. De natura beneficii divisionis e lege Furia nati.

Quaestionem illam, utrum l. Furia e l. Apuleja profecta sit, necne, quum neque ullius sit momenti neque ad liquidum confessumque perducī possit, solvere ne conabimur quidem. Quod vero ad naturam beneficii lege Furia introducti attinet: quotquot sponsores aut fidepromissores sunt numero eo tempore, quo pecunia peti potest, in tot partes deducitur inter eos obligatio ^{*)}. Quae igitur lex ut valeat, utrum singuli sponsores aut fidepromissores solvendo an non solvendo sint, nihil interest ⁶⁾. Quae quum ita sint, plurium sponsorum aut fidepromissorum, qui usque ad legem Furiam in solidum erant obligati, commodum creditoris incommodo haud parum auctum esse, quis est qui neget ⁷⁾? Nam lege Furia lata creditor non solum plures actiones, ut

⁴⁾ Cfr. de Schroeter diss. cit. p. 37, I sqq., ubi hoc accuratius probatur. Girtanner p. 93 sq., cfr. p. 91. §. 22 init.: „Als sich dann in Folge jener Bestimmung der lex Furia die neuen Formen der Fidejussio und des Mandats ausbildeten“ etc. Cfr. p. 20. §. 6; p. 92. §. 22 i. f.

⁵⁾ Sponsionem et fidepromissionem ante fidejussionem exstitisse Gaji temporibus parum notum fuisse videtur.

^{*)} Cfr. Gaj. III, 121 init. cujus ipsius verbis usi sumus.

⁶⁾ Falsissima profecto est sententia Schroeteri, qui obligationem inter eos tantum sponsores aut fidepromissores, qui solvendo sint, dividi putat. Eo enim l. Furia ab epistola illa D. Hadriani distat, quod ex hac partes fidejussorum, qui solvendo esse ante litis contestationem desierant, reliquorum partes augebant (cfr. infra, ubi effectum beneficii epistolae persequemur), sed e l. Furia, quae obligationem ipso jure dividit, partes non solutae creditori soli sunt detrimento; arg. l. 26. D. de fidejussor. XLVI, 1. Cfr. Schroeter in Zeitschrift etc. VI. p. 434.

⁷⁾ Quantopere sponsorum ac fidepromissorum rebus studuerint, inde maxime cognoscimus, quod ex ipsa lege Furia per biennium tantum tenebantur, cfr. Gaj. III, 121 init.

pecuniam ex una obligatione debitam impetraret, instituere debebat, sed etiam singulis sponsoribus aut fidepromissoribus revera conventis, unam vel plures partes se non impetrare aequo animo ei patiendum erat. Qua autem ratione haec iniquitas ex aequissima mente profecta sit excusanda, inepta quaestio certe non erit. At quum plurium sponsorum aut fidepromissorum e sua quisque obligatione teneretur, ita ut plures obligationes existerent ⁸⁾, actione creditoris in unum instituta omnes obligationes quasi attingi, haud iniquum putasse videntur. Fortasse vero quispiam Romanos haud diu in rebus forensibus beneficio tam iniquo usos fuisse existimet. Et profecto eadem nostra est sententia. Nam simulac fidejussorum intercessio in vitam forensem, si his verbis uti licet, inducta est, omnes, qui intercessoribus adjuvari volebant, fidejussores, non sponsores aut fidepromissores accepisse, et ita beneficium legis Furiae locum habere non potuisse nisi perraro, a vero, quae nostra fert opinio, non abhorret *). Tum vero beneficium hujus legis, quum ne ad heredes quidem sponsorum aut fidepromissorum transferri posset ⁹⁾, mere personale fuisse non negabitur. Ut igitur ejus naturam quam brevissime describamus: in solidum obligatio eorum, qui in Italia valide sponsoverunt aut fidepromiserunt, in tot obligationes deducitur, quotquot erunt numero eo tempore, quo pecunia peti potest, dummodo vivant ¹⁰⁾.

§. 3. De effectu beneficii legis Furiae.

Id quod hoc beneficio efficitur, jam ex ipsa beneficii natura satis patet. Nam quum obligatio sponsorum aut fidepromissorum in solidum

⁸⁾ Cfr. Habicht, *Rechtl. Erörterungen u. Entscheidungen gemeinrechtlicher Controversen*. Zerbst 1843. Bd. I. p. 2: „Bei bloss solidarischen Obligationen findet jene Einheit der obligatio nicht statt; die Obligationen der einzelnen Verpflichteten existiren hier völlig getrennt und nebeneinanderstehend, jedoch mit der Eigenthümlichkeit, dass jede einzelne obligatio das eine solidum zum Gegenstande hat.“

*) Cfr. Girtanner p. 92. §. 22 i. f.: „Eben so war die Sponsio und Fidepromissio wegen der Bestimmung der Lex Furia eine unvortheilhafte Verbürgung zu nennen. So behauptete sich neben dem Mandate nur die Fidejussio als regelmässige Intercessionsform im Gebrauche.“

⁹⁾ Gaj. III, 120: „Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus, et alio jure civitas ejus utatur.“ Sed ad peregrinum fidepromissorem beneficium nostrum omnino non pertinuisse supra diximus.

¹⁰⁾ Apud Gajum unum casum, ubi pars virilis sponsoris peti nequeat — si enim solvendo non est — memoratum invenimus. Itaque sponsoris mortem non creditori sed reliquis sponsoribus detrimentum attulisse non dubitamus.

contracta ipso jure eo tempore, quo pecunia peti poterat, deleretur, singuli pro partibus virilibus tenebantur, nec partes eorum, qui ante illud tempus solvendo esse desierant, solvere erat reliquorum, etiamsi creditori prorsus satisfactum non erat. Quum igitur creditor cum uno litem contestatus esset, haec una obligationis pars, non tota obligatio, quae principio erat contracta, consumi poterat¹¹⁾. Si vero unus a creditore conventus plus virili parte solverat, constanter certe ipsa lege Furia, ut residuum repetere ei liceret, constitutum erat¹²⁾.

II. De vero exceptionis divisionis auctore.

Quocunque tempore fidejussores usu forensi esse receptos putamus, quum multo post liberae reipublicae romanae interitum non exstiterint, per longum temporis spatium eos nullo juris beneficio adjutos intercessisse constat. Imperator enim Hadrianus primus eos quoque sublevandos esse¹⁾ existimans etiam iis beneficium dividendae actionis epistola quadam concessit. Quod vero beneficium ab auxilio legis Furiae prorsus fere discrepat. Sed priusquam de beneficio ipso divisionis ex epistola D. Hadriani nato accuratius disserimus, nonnulla de vero illius epistolae auctore praemittenda nobis sunt.

Quinque enim locis²⁾ cognitionis nostrae juris romani fontium, ubi de auxilio divisionis fidejussoribus competente agitur, illius auctorem D. Hadrianum, qui beneficium illud iis dedisse in Basilic. quoque XXVI, 3. §. 3. dicitur, nominant. Sed pro „D. Hadriani“ in l. 49.

¹¹⁾ Cfr. Ribbentrop l. l. p. 109 i. m.

¹²⁾ Gaj. IV, 22: „item lex Furia de sponsu adversus eum qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset“, sc. manus injectionem dedit. Cur vero haec manus injectio non fidepromissoribus data sit, quaeritis. Sed hisce quoque hunc regressum concessum esse, quum Gajus, ut in exemplo afferendo breviter sequeretur, sponsores tantum nominasse videatur, censemus. Cfr. Girtanner p. 17. n. 26.

¹⁾ Ut jam antea diximus, a vero non abhorret, legis Furiae beneficium, quum sponsores et fidepromissores fidejussoribus cessisse videantur, rarius locum habuisse. Quum vero fidejussores, quorum obligationem multo duriores fuisse, Gajus III, 115—122 refert (cfr. Heineccius l. l. p. 555 i. f. 556 init. Gans l. l. p. 411 sqq.), principalem obligationem firmiter quasi quam illi munirent, ut aliquod auxilium sibi praeberetur, jure poscere videbantur. Caeterum hac de re et de causa, cur legis Furiae beneficium ad eos translatum non sit, vid. infra.

²⁾ Gaj. III, 121. 122; §. 4. J. III, 20. (de fidejussoribus); l. 26. (Gajus), l. 27. §. 1. (Ulpianus) D. h. t. l. 3. C. de constituta pecunia (IV. 18.).

§. 1. D. h. t. „D. Pii“, ut nonnulli putarunt, scriptum est ³⁾; quin etiam a Paulo (R. S. I, 20.) beneficium ex edicto praetoris profectum esse fertur. Qua lectionum varietate variae doctissimorum hominum de vero beneficii auctore exstiterunt sententiae. Id autem, quod apud Paulum legitur, sententiae, epistola quadam Caesarea beneficium introductum esse, non repugnare, quum epistola in edictum praetoris a Salvio Juliano Hadriano regnante collatum ⁴⁾ — quod vocant perpetuum — recepta esse possit, facile plerique ⁵⁾ intellexerunt. Sed ne lectio, quae in l. 49. §. 1 i. f. D. h. t. invenitur, a caeterorum locorum lectionibus discrepet, aut D. Pium reliquis locis D. Hadrianum e patre adoptivo nominari ⁶⁾ aut duas epistolas, alteram D. Hadriani, D. Pii alteram

³⁾ Conanus, Commentariorum Juris Civilis lib. VI, 7. n. 9. hic quoque aeque ac Vulgata „D. Hadriani“ scripsit, sed sine ullo jure et ulla causa lectionem Florentinam mutare student.

⁴⁾ Cfr. Heineccius l. l. III, 21. (20) §. 9. p. 558. Puchta C. d. J. I. §. 99. (p. 444). §. 114. (p. 545 et 546).

⁵⁾ Cfr. Marcilius ad §. 4. J. III, 20. (Institutionum libri quatuor ex ed. Joannis van de Water. Traj. Batav. 1714. p. 430); Cujacius in Lib. III. Resp. Papin. ad l. 51. D. de fidejussor. Opp. T. IV. p. 959; Donell. de jure civ. L. XV. cap. 49. X. ibique Hilligeri adnotatio 16; Hering, Tractatus de fidejussoribus. c. XXVII. P. II. n. 12—15; Schulting J. V. A. Lips. 1737. p. 280 (ad Paul. S. R. I, 20); Heineccius loco supra cit. Voet, Commentar. ad P. lib. XLVI. tit. 1. n. 21; Schrader C. J. C. T. I. ad §. 4. J. cit. n. „ex epistola D. Hadriani“, qui vero non de edicto perpetuo Salvi Juliani, sed de singulo cujusdam praetoris edicto cogitare videtur; Schweppe, röm. Rechtsgeschichte. ed. II. §. 320; multique alii. — Sed complures locum illum Paulianum aliter explicare conati sunt. Sic Muretus ille philologus et Jctus sollerter quidem sed minus idonee in M. S. Pauliano literas „ex E. D. P.“, quas ita, ut „ex epistola D. Pii“, non „ex edicto Praetoris“ legeretur, supplendas esse putabat, scriptas fuisse opinabatur. Contra quam Mureti conjecturam v. Everard. Otto (ad Justiniani Institutionum libros IV. notae criticae et commentarius. Traj. ad Rhen. 1734. p. 437). De Schroeter diss. p. 35, quum constitutiones et epistolas principum edicto perpetuo insertas esse neget, illum Pauli locum depravatum esse existimat. Sed illam opinionem, qua hanc stabilire studet, probatam esse vellem! Quam opinionem utrum de Schroeter postea mutaverit, nec ne, parum clare ex ejus commentatione in Zeitschrift für Civilr. u. Proc. T. VI. p. 236. n. 1. ad verb. „epistola Hadriani“ perspicui potest. Alii denique beneficium nostrum ex edicto Praetoris profectum esse atque Hadriani epistola postea confirmatum esse putarunt; cfr. Gothofredus (Dionys.) ad l. 26. D. h. t.; Hopper, quem nominat Hilligerus ad Donell. l. l.; Henricus Clawe (disputatio legalis de fidejussoribus. Jenae 1631. thes. 23 init., qui e Pauli, quem longe ante Hadrianum vixisse constare, verbis beneficium ante Hadriani tempus inductum esse patere putat.

⁶⁾ Cfr. Cujacius in lib. 27. quaest. Papin. ad l. 49. D. h. t. in Opp. T. IV. p. 695.

intelligendas esse ⁷⁾, existimandi facultas est. Complures scriptores utrique sententiae locum esse dicunt lectorumque iudicio, utram maxime probatam habeant, permittunt ⁸⁾. Quod autem ad priorem illam sententiam attinet: Imperatorem Pium e patre adoptivo etiam Hadrianum saepius nominatum esse negari nequit ⁹⁾; sed nomen postea sumtum adeo verum quasi oppressisse, ut saepissime illo tantum uteretur, verisimile certe non est. Atqui epistolae auctorem Hadrianum quinquies, semel Pium esse narratur. Sed res, quae Imperatorem Pium beneficii nostri auctorem esse non posse firmissime docet, et a Schultingio l. l. et ab Heineccio l. l. qui edictum Salvi Juliani jam ante Pii imperium compositum esse dicant, memoratur.

Sed illius legis 49 cit. verbis diligenter perspectis Papinianum beneficii divisionis auctorem D. Pium esse ne una quidem litera dicere intelligemus ¹⁰⁾. Duae enim epistolae distinguendae sunt, quarum altera, quam Hadrianus scripsit, beneficium divisionis pluribus fidejussoribus datum est, altera autem D. Pii de illo beneficio locuta non est, sed solutionem non indebitae quantitatis non debere revocari in persona fidejussoris significavit. Utrum vero — id quod Ev. Otto l. l. et d'Arnaud l. l. putabant — Pius in sua epistola illius Hadriani epistolae argumentum, „ut alia patris sui“ vel repetierit vel declaraverit, an in decisione quadam illa epistola usus sit testimonio, quum ut quidquam id genus censeamus, Papiniani verbis ne minime quidem adducamur, quaestiones habemus quam inanissimas. Summa igitur nostrae de vero beneficii s. exceptionis divisionis auctore disputationis erit haec: Imperator Hadrianus epistola quadam id pluribus fidejussoribus dedit: Pius autem, imperii ejus successor, quae quidem Papiniani sunt verba, illud beneficium sua epistola ne attigit quidem. Hadriani vero epistola edicto perpetuo, quod non ita multo post Salv. Julianus ab hoc Imperatore jussus composuit, inserta est, quam ob rem Paulus l. l. fidejussores ex edicto praetoris adjuvari scripsit.

⁷⁾ Cfr. d'Arnaud *Variar. Conjecturar.* libri II. Leovardiae 1744. p. 69. Schrader l. l. Heineccius p. 558. Ev. Otto l. l. de Schroeter, *Zeitschrift.* T. VI. p. 436. de Wening-Ingenheim eod. T. IV. p. 406. Zimmermann u. Neustetel: *römisch-rechtliche Untersuchungen* p. 273. Girtanner. p. 98. 99.

⁸⁾ Henric. ter Braak, *disput. juridica inaug. de fidejussorib.* Groningae 1708. th. XXIII. Voet l. l. Carpzov. *Jurispr. forens.* P. II. const. XVII. defin. 9.

⁹⁾ Cfr. imprimis Kämmerer, *Beiträge zur Geschichte u. Theorie des röm. Rechtes.* T. I. p. 58 sqq. et scriptores ibi citati.

¹⁰⁾ Cfr. Lauterbach *Dissert.* T. I. p. 448. n. VI; et ejusdem *Colleg. ad tit. D. de fidej. §. XLI.*

PARS PRIOR.

DE NATURA ET EFFECTU EXCEPTIONIS DIVISIONIS.

I. De ejus natura.

§. 1. Qua ratione commotus D. Hadrianus exceptionem divisionis fidejussoribus dederit.

Imperatorem Hadrianum una aequitate commotum, non veteris juris civilis principia conformantem fidejussores mandatoresque exceptione divisionis adjuvisse inter omnes satis constat. Neque enim veteres illos Jurisconsultos romanos alia de causa quam aequitatis respectu hoc beneficium fidejussoribus aliisque exemplo fidejussorum datum esse censuisse infra videbimus ¹⁾. Sed fidejussores, qui mera benevolentia commoti, ut aliorum rebus consulant, intercedant, duriore certe conditione, quum singuli in solidum teneantur, uti Jurisprudentes praeterire vixdum poterat. Accedit autem, quod, quum sponsores et fidepromissores nimis adjuvarentur, fidejussoribus, quorum ipsa obligatio multo erat efficacior, ne minimo quidem auxilio subveniebatur. Quae quum ita essent, fidejussoribus quoque aliquod beneficium divisionis concedi aequius et Imperatori Hadriano et Jurisconsultis Romanis videbatur ²⁾. — Erant autem, qui beneficium epistolae ideo ex aequitate natum dici, quia multae difficultates, quum creditores elegendi jure perverse saevi-

¹⁾ Praeter ea, quae infra hac de re dicemus, cfr. Rust: diss. inaug. de fidejuss. th. LVI; Ev. Ottonis Comm. p. 438. (ad §. 4. J. III, 20.); Sell in Zeitschrift etc. T. IV. p. 23. § 23 init. et p. 26 i. f. et n. 5; Donell. T. IV. p. 563; Cujac. ad l. 14. C. VIII, 40. Opp. T. IX. p. 1279; Girtanner p. 94. §. 24 init.

²⁾ Sell in Zeitschrift für Civilr. u. Proc. T. IV. p. 26: „Bei der Fidejussio dagegen blieb die ursprüngliche Strenge unverändert, bis endlich, offenbar unter dem mildernden Einflusse der beiden andern Institute (sc. sponsio et fidepromissio) für mehrere fidejussores die exceptio divisionis durch die epistola DIVI HADRIANI eingeführt wurde.“

usque uterentur, fidejussoribus ante beneficium divisionis perpetiendae fuissent, putarent³⁾. Sed quum tali creditorum saevitia non ipsa fidejussionis natura, sed modus conveniendi gravior fieri posset, in hoc quidem genere casu magis quam jure pressi videbantur. Neque vero legislatoris est damnum, quod ex aliquo casu proficisci possit, avertere⁴⁾.

§. 2. Qua ratione epistola D. Hadriani cum lege Furia conjungenda sit.

De Wening-Ingenheim (Zeitschrift T. IV. p. 406.) beneficium epistolae ex eodem quasi fonte atque auxilium legis Furiae, conditionibus, sub quibus locum habere possit, mutatis, profectum esse dixit. Quamquam enim multis rebus — quas infra diligentius cognoscemus — duo illa beneficia inter se differant, tamen e Gaji verbis (III, 121.) „Eo igitur distat haec epistola“ etc. ea non tota discrepasse, satis constare. Quam sententiam ineptam aut leviolem esse non putamus. De effectu autem, quem in utroque beneficio eundem esse arbitratur, v. infra. Sed epistolam D. Hadriani legis Furiae beneficium, nonnullis conditionibus mutatis, ad fidejussores transtulisse, tantum abest ut credamus, ut epistola novum auxilium (exceptionem) in veteris illius beneficii locum substitutum esse arbitremur⁵⁾. Nam legis Furiae beneficium, etiamsi, aequitate, unde utrumque beneficium quasi natum est, omitta, eodem est effectu atque exceptio divisionis, aliis tamen rebus vehementissime ab auxilio D. Hadriani discrepat. Rectissime autem de Vangerow (Leitfaden T. III. p. 80. Anm. 4 init.) duorum beneficiorum convenientiam ita descripsit: „Eingeführt war dieselbe (sc. die Rechtswohlthat der div. act.) nämlich durch eine epistola D. Hadriani für mehrere Fidejussoren als Surrogat der für diese nicht anwendbaren l. Furia de

³⁾ Cfr. Henr. ter Braak l. l. th. XX; Lauterbach l. l. p. 449. Ausonii autem poetae verba hic allegantur (in Lud. septem Sapient. ed. Bipontina. p. 144. v. 18 — 25): „Per mille possum currere exempla, ut probem Praedes vadesque poenitudinis reos. Sed nolo quemquam nominatim dicere: Sibi quisque vestrum dicet et verum putet Spondere quantis damno fuerit et malo.“ At quum Ausonius multo post Hadriani aetatem vixerit, argumentum non satis idoneum habemus.

⁴⁾ Cfr. Chr. Hildebrand (disp. inaug. jurid. de Herede Fidejussoris. Jenae 1704. p. 6 i. f.): „quamvis diffitendum haud sit, multis magnisque difficultatibus fidejussores implicari. — Sed hoc potius debitoris vel perfidiae vel inopiae et sic casui fortuito magis quam vitio hujus contractus tribuendum.“ Sed magis creditoris quam debitoris perfidia fidejussori nocuerit.

⁵⁾ Cfr. Burchardi l. l. p. 831, 3): „Ein Rescript Hadrian's dehnte dies (sc. beneficium legis Furiae) auch auf die Fidejussoren aus, nur mit der Abweichung“ etc.

sponsu“ 6). Quominus autem l. Furia in Italia valeret, epistola tam diu, dum sponsores et fidepromissores intercedere volebant, prohibere certe non poterat.

§. 3. De beneficii epistolae D. Hadriani nominibus.

Neque in Justiniani de Jure civili libris, duobus locis exceptis, neque in Gaji Institutionibus (III, 121 et 122.) beneficium nostrum certo quodam nomine appellatum, sed ubique, quid hac D. Hadriani epistola efficiatur, relatum invenimus 7). Imo vero saepius actionem inter personas, quas infra enumerabimus, dividendam esse, nulla hujus beneficii auctoris mentione facta dicitur 8). Sed altero illo Digestorum loco (l. 12. D. XLVI, 6.) privilegium fidejussoribus ex epistola D. Hadriani datum „beneficium 9) dividendae actionis“ atque altera (l. 10. §. 1. D. h. t.) „auxilium divisionis“ vocatur. Itaque recentiores Jcti alii alio nomine hoc beneficium appellarunt 10). Quum vero omnia hujus beneficii nomina et naturae ejus satis convenient neque ab usu sermonis legitimi abhorreant, utrum hac an illa significatione utamur, dummodo, de quo beneficio agatur, constet, nihil intererit. Sed quum actio exceptionis tantum ope dividi possit, plerumque quidem, sicut ipsa commentatio nostra inscripta est, de exceptione divisionis loquemur.

§. 4. De natura exceptionis divisionis universa.

Etiam si verba hujus Hadriani epistolae nusquam librorum, qui juris Romani cognitionis sunt fontes, scripta invenimus, satis tamen, quod ad nostram quidem pertinet quaestionem, quae illa epistola descripta sunt, nobis tradita sunt 11). Quod autem ad hujus epistolae

6) Cfr. Girtanner p. 69: „Es lag in dieser epistola D. Hadriani keine blosse Ausdehnung der lex Furia auf die Fidejussoren. Vielmehr unterschied sich diese Theilung wesentlich von der der lex Furia und zwar erstens darin“ etc.

7) Cfr. §. 4. J. III, 20; l. 26, 27. §. 1. D. XLVI, 1; l. 3. C. IV, 18.

8) Cfr. l. 1. §. 11. D. XXVII, 3; l. 7. D. XXVII, 7; l. 51. D. h. t.; l. 3. 10. §. 1. l. 16. C. h. t. (VIII, 41).

9) Hanc vero fidejussorum exceptionem beneficium haud injuria appellari, postea satis apparebit.

10) Cfr. Lauterbach l. l. p. 446 th. I., qui complures exceptionis nostrae significationes („Beneficium Divisionis s. Epistolae s. ex epistola D. Hadriani, Exceptio divisionis“) enumerat.

11) Cfr. Hering c. XXVII. P. II. n. 8. At si ideo, quod nonnulla verba in pluribus fragmentis eadem sint, ea ex epistola ipsa sumta esse putemus, quamquam lubricum esse non videtur, nullius tamen in exceptione ipsius cogni-

finem attinet, D. Hadrianum id egisse, ut plurium fidejussorum conditionem ex aequo mutaret et sublevaret, et jam supra attigimus et ex iis, quae sequuntur, perspicimus. Sed quum hic maxime effectus fidejussionis ageretur, ne creditor fidejussoris commodo ipse afficeretur incommodo, magnopere erat cavendum¹²⁾. Nam lege illa Furia, qua sponsores et fidepromissores, ut supra diximus, adjuti sunt, creditoris non modo non commodo, sed ne juri quidem consuluerant¹³⁾. Priusquam vero, quibus modis fidejussorum commodo ac creditoris juri Imp. Hadrianus consuluerit, exponamus, brevi quadam exceptionis descriptione opus esse videtur. Beneficium autem epistola D. Hadriani prolatum in hunc modum apte descriptum putamus: Unus e pluribus confidejussoribus (aut reliquis personis, quas infra enumerabimus) in solidum conventus ex ep. D. Hadr., ut creditor actionem fidejussoriam inter omnes confidejussores, quos tempore litis contestatae idoneos fuisse constat, dividat, exceptionis ope desiderare potest¹⁴⁾. Cujus descriptionis singulas partes accuratius persequentes exceptionis nostrae naturam satis clare nos perspecturos esse, speramus. Ex extrema autem ejus parte proficisci liceat.

1. Maxime beneficii nostri natura eo, quod exceptionis tantum ope valet¹⁵⁾, exprimitur. Namque ita pernimum inter legem Furiam, quae actione ipso jure inter fidejussores divisa directa quasi via eos adjuvabat, et D. Hadriani epistolam, quae obligationem ipsam non attingit nisi exceptione divisionis a fidejussore opposita, interest¹⁶⁾. Inde autem,

tione erit momenti. Cfr. Schrader. T. I. ad §. 4. J. III, 20. n. „compellitur petere.“

¹²⁾ Cfr. Perez, Praelect. in Cod. lib. VIII. tit. 41. no. 28 in med. P. II. p. 496: „neque enim alias concessum hoc beneficium, quam quatenus fieri potest sine gravi creditoris detrimento. Donell. T. IV. p. 562 i. f. v. l. 12. D. XLVI, 6. (Pupillus enim creditor singularis indulgentiae egere videbatur).“

¹³⁾ Cfr. Prooemium I. §. 2.

¹⁴⁾ Lauterbach l. l. p. 447. th. II. beneficium ita describit: „describi potest hoc divisionis beneficium quod sit Privilegium certis debitoribus in solidum obligatis concessum, ne ab uno solidum, sed a singulis praesentibus et tempore litis contestatae solvendo existentibus viriles portiones exigantur.“ Sed parum subtiliter Lauterb. quum nonnullae beneficii conditiones prorsus omitantur, aut non acriter distinguantur, beneficium divisionis descripsisse videtur. Praeterea beneficii magis finem quam naturam explicat.

¹⁵⁾ V. Gajus III, 122. („poterit desiderare“); l. 26, 28. D. XLVI, 1; l. 51. §. 1. D. eod. Cujac. ad lib. 25. Paul. ad Edict. in expl. l. 28; in Opp. T. IV. p. 373; de Schroeter, Zeitschrift. T. VI. p. 436.

¹⁶⁾ De discrimine divisionis, quae ipso jure fit, et divisionis, quae non

quod in epistolae beneficio exceptionis tantum vis inest, ut hic litis contestatae temporis ratio habeatur, sequitur. Complures autem recentiores Jcti, quamquam actionem inter plures fidejussores non ipso jure sed exceptionis ope dividi numquam negarunt, tamen actionis divisionem non solum contra creditorem defensionis quasi via, sed etiam actionis via impetrari posse putarunt arg. l. 28. D. XLVI, 1, cujus ex interpretatione in Germanicis foris „remedium legis Si contendat“ natum est. Quam autem opinionem, quum doctissimi viri jam pridem eam refutaverint, si denuo impugnaremus, oleum quasi et operam perdere-mus. Sed quum ei historica quaedam auctoritas denegari nequeat, postea contextum quasi scribendi intermittentes hanc controversiam tractabimus.

2. Quum ubique Digestorum creditoris actionem inter plures fidejussores etc. dividi posse dicatur, rem, quae a fidejussoribus petitur, dividuam esse debere per se certe intelligitur¹⁷⁾. Quam autem rem ejusdem semper quantitatis, atque rem, quae a reo principali debetur, esse necesse non est. Nam quum fidejussores etiam pro parte obligationis principalis recte accipi possint¹⁸⁾, plures fidejussores, qui in hanc solam partem simul sese obligaverint, ut haec pars inter se dividatur, impetrare jure poterant. Itaque non eam rem, quae ex obligatione rei principalis debetur, sed eam, in quam fidejussores sese obligaverunt, dividi debere dicendum erit¹⁹⁾.

3. Exceptio autem divisionis omnibus, qui creditoris seu actoris vice haud injuria funguntur, opponi haud dubie poterit²⁰⁾. Verum tamen pupillus, contra quem, quum hic „beneficium dividendae actionis injuriam habere“ videatur²¹⁾, beneficio tutoris quidem fidejussores uti

nisi exceptionis ope valet, cfr. Arn. Vinnius, Sel. Quaest. p. 513. Henr. ter Braak, th. XXIII: „Discrimen est magnum, si enim ipso jure obligatio erat divisa, id est, si singuli adpromissores tantum ipso jure deberent partes viriles, neminem eorum creditor in solidum convenire posset, quamvis quidam fortasse fortunis essent exuti. Hoc amplius, si quis creditori in totum satisfacisset, partem tanquam plus debito solutum condicere liceret.“ Cfr. Asverus, Specim. inaug. ad Nov. 99. p. 38. §. 10: „Nam beneficio divisionis“ etc.

¹⁷⁾ Cfr. Lauterbach. th. XXIX; ex hac autem dividua rei natura, quae abesse nequit, ratio, cur in causis, quas Voet l. l. n. 24. enumerat, beneficium locum habere nequeat, sumenda est.

¹⁸⁾ l. 9. D. h. t. Quam rem neque alius generis neque majorem re a reo principali debita esse posse constat; §. 5. J. III, 20; excipiuntur autem constitutae pecuniae rei; l. 1. §. 5. D. XIII, 5.

¹⁹⁾ V. Lauterb. th. XXIX. Contra vid. Heimbach in Weiske Rechtslexikon. T. I. p. 893. 2). — ²⁰⁾ Cfr. Lauterb. th. XXVIII: „Dirigitur autem“ etc. — ²¹⁾ l. 12. D. XLVI, 1; cfr. l. 6. D. IV, 4.

nequeant, excipitur. Sin autem pupillus ipse contraxit, debitoris ejus fidejussoribus beneficium non denegatur ²²⁾. — Exceptio igitur divisionis non in personam sed in rem esse videtur. — Exceptionem autem divisionis esse peremptoriam, quum, qualis est ejus effectus, perspexerimus, non negabimus.

§. 5. De tempore, quo exceptio divisionis opponi debeat, non eadem omnibus est sententia ²³⁾. Namque alii fidejussores hoc beneficio jam ante litis contestationem uti debere existimant ²⁴⁾, alii exceptionem divisionis usque ad sententiam opponi posse censent ²⁵⁾, alii denique eam etiam post sententiam latam recte valideque allegari arbitrantur ²⁶⁾.

Sed tota haec veterum Jureconsultorum controversia, quum nostra tandem aetate in litis illius romanae, quae „Formular-Process“ vocatur,

²²⁾ l. 52. §. 1. D. h. t.; Conan. II. p. 51. n. 10; Cujac. ad h. l. in Opp. T. IV. p. 1316.

²³⁾ Cfr. Hering. cap. XXVIII. n. 30 sqq.

²⁴⁾ Cfr. Petrus de Bellaperta et Cynus, quos nominat Vinnius l. l. p. 513. p. m. Hugo Tiassens diss. jurid. de fidejussorib. Groningae 1649. th. XXXV; Bachov. ad Treutler. Vol. 2. disp. 28. §. 5. lit. F, qui citatur ab Erlenkamp. th. XXVI; Noodt Probabilia II, 1, qui in l. 10. §. 1. C. h. t. pro „ante condemnationem“ „ante contestationem“ legendum esse putat.

²⁵⁾ Cfr. Arn. Vinnius p. 513 p. m. et sqq. Perez l. l. ad lib. VIII. C. 41. n. 33 init. (quem ad verbum fere transcripsit idem Erlenkamp th. XXVI, et Tieffenbach: disp. jurid. de jure fidejussorum. Francofurti ad Viad. 1686. th. 11.); Lucas Bruggen: theses juridicae de fidejussoribus. Lugd. Batav. 1625. th. XI. n. a.); Pomer: dissert. jurid. de fidejussorib. Jenae 1620. th. XII; Rust. th. XLVI. („usque ad conclusionem causae, prius tamen quam definitiva sequatur sententia“); Koch: diss. jurid. de fidejussione. Helmstadii 1663. th. XXIII i. f. Barsoenius th. XIV. n. 2 i. f. Clawe th. 26. („etiam post lit. cont.“); Mengershausen: disp. jurid. de fidejussorib. Helmaestadi. 1617. th. 147; ter Braak th. XXIII. p. m. Stromeyer th. 93; v. Hatten th. 43 i. f. („post L.C.“); v. Hodenbergk th. 75. („usque ad definitivam“); Cujac. ad l. 51. §. 4: Opp. T. IV. p. 962. („ante rem judicatam“); Lauterb. th. XXXIII. („post lit. cont. judiciumque acceptum, ante conclusionem tamen“); Coll. ad tit. D. de fidej. §. XLIII; Zoësius: Comment. ad Digestorum libros L. (ed. II. Lovanii 1656.) ad l. XLVI, 1. n. 34; Hofacker III. §. 2037, II. („ante litem cont. [Rec. Imp. de a. 1654. §. 37. (olim etiam post lit. cont.) l. 10. §. 10. de fidejuss.]“); Donell. T. V. p. 1398. III sqq. — p. 1406.

²⁶⁾ V. Conan. T. II. p. 51. n. 10: „Quae exceptio poterat etiam post rem judicatam opponi, dum modo non esset adhuc solutum (l. 41. §. 1. D. h. t.)“; Pyr. Maur. p. 613. n. 51 sqq. qui hanc exc. et ante et post lit. cont., imo etiam post sententiam, praesertim si ab ea fuerit appellatum, opponi posse putat.

naturam et in litis contestationis notionem diligentius inquisitum sit, nunc quidem interest nihil, nisi ad nostram exceptionem communem de tempore exceptionum opponendarum normam pertinere negatur. Nam quum exceptiones jam in jure i. e. ante litis contestationem, ut in formulis judicis recipi possent, allegandae fuisse inter omnes nostrae aetatis Jureconsultis constet — cfr. Heffter, Institutionen des römischen und deutschen Civilprocesses, p. 97. 8 p. init.; v. Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprocesses, I, 1. §. 23. p. 202. 203; Puchta, Institutionen. II. p. 103. — non est, cur unam exceptionem divisionis etiam post litis contestationem in judicio opponi potuisse putetur. At propter l. 10. §. 1. C. VIII, 41. alia de tempore, quo nostra exceptio opponi debuisset, exstitit sententia. Imperator enim Antoninus ibidem exceptionem divisionis ante condemnationem opponi solere Vitali cuidam rescribit. Sed quum nulla ratione haec Antonini sententia munita videatur, illud rescriptum ita ut ejus sententia a communi hac de re regula non abhorreat, explicare conatus est imprimis Noodt l. l. Censebat enim „propter naturam fidejussionis, quae quum stipulatione constet, stricti juris sit“, (ex qua si agatur, judicem formulam includere et certos, quos non excedat, terminos ponere — teste Seneca de beneficiis lib. 3. c. 7. — existimat) et propter Ciceronis illa verba e parte altera libri de Inventione delibata: „in jure plerumque et exceptiones postulari et quodammodo agendi potestatem dari et omnem conceptionem privatorum judiciorum constitui“, l. 10. §. 1. cit. corruptam esse, et pro „ante condemnationem“ scribere volebat „ante contestationem.“ Quae vero vocis mutatio, quum ne uno quidem codice firmetur, suspecta quidem esse potest. Sed alia quoque ratione discrepantiam illam amoveri posse putamus. Nam quum interrogationes magistratuum seu alius cujusdam personae, ad quas rescripta illa Imperatorum pertinebant, nondum supersint, pleraque Codicis Justiniani fragmenta, quae rescripta esse solent, facillime perperam intelligemus. Quodsi Antoninus Vitali, exceptionem divisionis ante condemnationem esse opponendam, rescribit, hunc post sententiam, utrum exceptione divisionis uti posset, interrogasse censemus. Tum enim Imperator rectissime, ne tempus exceptionum opponendarum exponens longior esset, ante condemnationem eam opponi solere rescribere poterat. Quum igitur Vitalis interrogationem ignorantes hujus Antonini rescripti verba facile nos perverse intelligere posse existimemus, ne illo quidem Codicis fragmento sententia, nostram quoque exceptionem ante litis contestationem, ut ejus in judicis formula ratio fieret, contestari quidem debuisse refelli videtur. Quae legis 10. C. cit. explicatio, quum Vitalis, qui homo privatus

fuisse videtur — cfr. l. 3. C. VIII, 36. — juris imperitus esse posset, firmatur.

Nunc vero quaeritur, quando post Diocletianum exceptio divisionis esset opponenda. Inde enim ab ejus aetate, discrimine agendi in jure et judicio deleta, et formulas illas abolitas esse et litis contestationem alia esse notione inter omnes constat. Sed tunc quoque exceptiones quidem, quae dilatoriae vocantur, ante litis contestationem — cujus de mutata notione cfr. l. un. C. de litis contestatione (III, 9.), v. Bethmann-Hollweg l. l. p. 260. — opponendas fuisse satis aperte dicitur²⁷⁾. De peremptoriis autem exceptionibus, quo in numero exceptio divisionis est, firma certaque juris norma in hoc quidem genere defuisse videtur. Compluribus enim Codicis locis, ubi hac de re agitur, tales exceptiones ante litis contestationem opponi nonnisi solere; imo vero saepius eas quandoque, dummodo sententia lata non sit, objici posse dicitur²⁸⁾. — Quae quum ita sint, illud Codicis fragmentum — l. 10. §. 1. C. cit. — de extraordinariis judiciis optime intelligi posse apparet. Et profecto! quum, qualia in provinciis fuerint judicia, nesciamus, ibi jam ante Diocletianum judicia illa extraordinaria viguisse et Vitalem in provinciis vixisse haud inepta esse opinio videbitur. At, quae sit illius Codicis loci explicatio, sententia, exceptiones peremptorias ante Diocletiani aetatem jam in jure objici necesse fuisse, eo minime refellitur.

§. 6. De exceptionis divisionis conditionibus.

Nunc conditiones, quas, ut hanc exceptionem in singulis causis opponere personis, quibus exceptio divisionis competit, liceat, impletas esse necesse est, describere debemus. Primum autem, ut fidejussores confidejussores sint²⁹⁾; deinde ut personae, inter quas actio dividatur, idonei sint, requiritur; tertia denique conditio est, ut valide (de jure civili) obligati sint.

I. Prima illa conditio in libris Justinianis saepius commemoratur. Hic igitur singulas et Digestorum et Codicis leges, quae huc spectant,

²⁷⁾ Cfr. v. Bethm. Hollweg l. l. p. 202. et fragmenta Codicis ibidem not. 11. citata.

²⁸⁾ Cfr. Heffter l. l. p. 97. 8 init.; v. Bethm. Hollweg l. l. p. 263; Puchta Inst. T. II. p. 270: „In dem Termin der Litis Contestation können auch die Einreden von dem Beklagten vorgebracht werden, die dilatorischen müssen es.“

²⁹⁾ Reliquae enim personae, quibus hoc beneficio uti licet, ipso jure confidejssorum vice funguntur.

enumerabimus: l. 10. pr. l. 27. §. 4. i. f. l. 43. l. 48. §. 1. D. XLVI, 1. (cfr. l. 51. §. 2. D. eod. l. 10. §. 1. C. VIII, 41.). Quibus e legibus et actionem nonnisi inter confidejussores dividi debere et, cujusmodi fidejussores confidejussores appellentur, cognoscimus. In Digestorum quidem fragmentis confidejussorum notionem nonnisi negative explicatam invenimus, sed e l. 27. §. 4; l. 43. §. 1. citt. quales confidejussores intelligantur, satis aperte constat. Confidejussores autem ii sunt fidejussores, qui eandem omnes summam pro eodem debitore eidem creditori se praestituros esse ita, ut singuli in solidum teneantur, promiserunt³⁰⁾. Quamquam vero illorum scriptorum definitiones a nostra descriptione magnam partem discrepant, tamen nostram esse amplissimam arroganter scripsisse non videbimur. Alteri enim, quos confidejussores esse putent, parum accurate docent, alteri omissis l. 43. D. h. t. et l. 51. §. 2. D. eod. etiam false hanc notionem evolvunt. Nam quum in l. 43. D. cit., si duo eandem rem separatim eidem creditori promiserint et uterque eorum fidejussorem dederit, diversis stipulationibus (obligationibus) existentibus fidejussores non esse confidejussores dicatur, nonnulli hanc legem ita, ut confidejussores nonnisi ejusdem debitoris esse posse putarent, interpretati sunt, ut Erlenkamp et Dreytmüller ll. ll. Sed quin eorum sententia lege illa 43. vel minime probetur, quum in illa lege duae obligationes, quae inter se conjunctae non sint et earum res fortuito eadem sit, intelligi possint, non dubitantes, nonne Cujacii tamen partes, qui, ut pro eadem tantum summa, non pro

³⁰⁾ Quae confidejussorum definitio invenitur et in: Weiske Rechtslexicon T. I. p. 893. (Heimbach). Alii vero aliis modis, quando fidejussores sint confidejussores, describunt. Erlenkamp th. XXV. p. m.: „requiritur, ut confidejussores sint, hoc est, si ut ejusdem summae ita quoque ejusdem debitoris sint fidejussores.“ Tiassens th. XXXIV: „plurium confidejussorum, qui caeteroquin ad ejusdem pecuniae promissionem in solidum accedunt.“ Dreytmüller: disp. jurid. de fidejussorib. Basileae 1658. th. XXXIV: „qui ejusdem rei nomine pro eodem debitore apud eundem creditorem fidem suam obstrinxerunt.“ Stromeyer th. XX: „qui unam eandemque numero obligationem in se susceperunt.“ de Warnsdorff p. 4. §. IV: „Confidejussor est, qui cum uno vel pluribus obligationem alienam, ad majorem creditoris securitatem, in fidem suam recepit.“ Lauterb. th. VIII: „modo omnes (sc. fidejussores) ejusdem sint generis“; Cujac. ad l. 51. §. 2. D: „Confidejussores sunt, qui pro uno vel pluribus debitoribus in causam unius contractus, unius obligationis fidejusserunt“; Donell. T. IV. p. 562. n. 15: „qui in eandem summam se obligarunt“; eod. modo Hering c. XXVII. P. II. n. 1 et 2. Pyrrh. Maurus p. 605. n. 3. 4, qui beneficium divisionis inter eos, qui pro uno vel pro pluribus reis debendi intercesserint, locum habere putat.

eodem debitore fidejussores intercesserint, requirit, sequamur³¹⁾. At etiamsi illa l. 43. D. Cujacii sententia minime refutatur, lege tamen 51. §. 2. D. h. t. fidejussoribus tantum, qui pro eodem reo promittendi intervenerint, divisionis exceptionem opponere licere, satis constare videtur. Verba enim illius legis: „Duo rei promittendi separatim fidejussores dederunt, invitus creditor inter omnes fidejussores actiones dividere non cogitur, sed inter eos duntaxat, qui pro singulis intervenerunt“ aliter explicari posse non censemus. Namque ideo quod Papinianus de pluribus actionibus cogitare videtur, ne hos quidem reos principales in eandem rem teneri existimare non licet et propter verba „duo rei promittendi“, quibus Papinianum ipsum correos significare constat (v. l. 9. pr. D. XLV, 2.), et propter verba „qui pro singulis intervenerunt“, — e quibus de singulis ejusdem rei debitoribus cogitandum esse satis clare apparet. Nunc vero et in lege 43. cit. ab utroque reo principali revera eandem rem — non duas res ejusdem seu quantitatis seu qualitatis — deberi negandum non erit. Sed quum fidejussores, ut exceptionem divisionis opponere possint, pro eodem omnes debitore intercessisse debere arbitremur³²⁾, ne angustior fiat confidejussorum significatio, cavendum est. Namque etsi ejusdem debitoris ejusdemque summae fidejussores esse debent, ut etiam ejusdem sint conditionis, non requiritur³³⁾. Neque enim eodem omnes tempore³⁴⁾

³¹⁾ Cfr. Schweppe Röm. Privatr. §. 511: „Das Benefiz der Theilung bezieht sich immer nur auf den einzelnen Posten, für welchen mehrere Bürgen mit einander haften, nicht auf den Schuldposten aus verschiedenen obligatorischen Handlungen.“

³²⁾ Sed ante c. 28. C. VIII, 41. plurium reorum promittendi fidejussores, ut actio inter se divideretur, si quidem reus principalis primo loco, sed frustra conveniebatur, petere ne poterant quidem. Lite enim cum altero duorum promittendi reorum contestata quum alter liberaretur, etiam fidejussores ejus teneri desinebant. At ne tum quidem, si creditor ultro actionem inter reos promittendi, qui solvendo non erant, diviserat, fidejussores eorum, ut actio aequaliter inter omnes divideretur, desiderare poterant; nam — faciamus, duorum reorum promittendi alterum duos, alterum tres dedisse fidejussores — alterius fidejussores, ut in quartam uterque partem conveniretur, alterius fidejussores, ut sexta a singulis pars peteretur, jure postulabant.

³³⁾ Res certe mira novaque narratur a Vinnio l. l. p. 512, quam, quum Vinnii verborum immemores simus, Lauterbachii (l. l. th. X.) verbis recitare liceat: „Unde jure explosus est Advocotus Leydensis, qui huic beneficio locum esse contendit, ubi unus tantum intercessit Fidejussor, ut nimirum actio inter reum principalem et fidejussorem divideretur.“

³⁴⁾ Cfr. Huber l. l. XLVI, 1. no. 7; Hering c. XXVII. n. 2; v. Hordenbergk th. 79; v. Hatten th. 43. („quod accipio verum esse, si eo animo

neque sub eadem omnes conditione³⁵⁾ fidejussisse necesse est. Primam vero illam conditionem Azonem (et Speculatorem) „ex male intellectis ll. 27. et 48. D. XLVI, 1“, quum ut „uno quasi actu plures fidejussores simul et semel ad inducendam divisionem accipientur“ vellent, negasse Erlenkamp th. XXV. p. m. narrat; sed nunc quidem nemo, quin etiam fidejussores diversis temporibus accepti confidejussores esse possint, dubitabit*). Conditio autem fidejussorum, quum aut pure aut sub conditione aut in diem accipiantur, salva divisionis exceptione dissimilis esse potest. Si igitur duorum fidejussorum, qui eandem summam eodem creditori, ita ut uterque in solidum teneatur, promiserunt, alter pure alter in diem acceptus est, is qui pure se obligavit, ut actio dividatur ante hanc diem, petere nequit; sed ut interim in virilem conveniatur partem, summo jure postulabit³⁶⁾. — Quod vero ad causam, cur inter confidejussores tantum actio dividi possit, attinet, hos beneficio divisionis adjuvari putamus, quia iis solis, qui pro alio interveniunt, Hadrianus succurrendum esse putabat. Sin autem duo rei promittendi separatim fidejussores dederunt, alterius fidejussores pro altero omnino non intervenerunt. Alii³⁷⁾ vero beneficium divisionis confidejussoribus tantum, quia inter socios tantum locum habeat, confidejussores autem socii sint, competere opinantur. Sed hanc esse causam, cur confidejussoribus tantum exceptionem divisionis opponere liceat, quum nusquam socii esse dicantur, negamus. Imo vero eos socios haberi, quum fidejussores et diversis temporibus et sub diversis conditionibus accepti jure eam opponere possint, verisimile non est.

Quum igitur exceptio divisionis inter confidejussores tantum locum habeat, cur personis, quae in l. 27. §. 4. D. h. t. enumerantur, denegetur intellectum habebimus. Reus enim principalis ejusque fidejussor, sicut fidejussor et fidejussoris fidejussor eadem inter se utuntur conditione, ac pater filiusque, quum de successione in avi patris hereditate

diversis temporibus singuli non attendentes ad aliorum fidejussorum accesserint, arg. l. 11. D. XLIV, 7; l. 27. §. 1 i. f. D. II, 14; tit. Cod. VII, 60.“ Quo nihil certe verius!).

³⁵⁾ V. l. 27. pr. D. h. t.; v. Hatten l. l.; Lauterb. th. VIII.

*) Cfr. Girtanner p. 466. (N. 36.); Liebe: Die Stipulation und das einfache Versprechen. Braunschweig 1846. p. 228. ibique n. 4 et 5.

³⁶⁾ Hac in causa beneficium divisionis opponi posse negat Ronchegall. l. 3. §. 1. D. XLV, 2. n. 127 i. f.

³⁷⁾ Cfr. Conanus l. l. VI, 7. n. 11: „Divisio enim nulla esse potest, ubi nulla communio. — At confidejussores socii sunt et aequaliter eodemque modo tenentur.“

reditatem agatur: una enim persona illos duos quasi continet³⁸⁾. Sed inter fidejussorem alterius fidejussoris et alterum fidejussorem actionem recte dividi posse ipsa l. 27. §. 4. i. f. D. cit. docet.

II. Deinde confidejussores, ut exceptionem divisionis opponere eis liceat, idoneos esse debere quamquam a nemine dubitatur, paullisper tamen hic quoque nos commorari necesse est. Ut vero illi idonei habeantur, imprimis solvendo esse debent. Sed non omnes confidejussores solvendo esse oportere, sed potius beneficium divisionis nonnisi inter eos, qui solvendo sunt litis contestationis tempore, locum habere, quum complures nec non clarissimi scriptores illud dixerint, admonendum est³⁹⁾. Nam ex omnibus locis, quibus de nostra exceptione utimur fontibus, inter eos tantum, qui solvendo sunt, actionem dividi posse, non, ut omnes confidejussores solvendo sint, requiri satis constare nobis videtur, praesertim quum, si nonnulli solvendo esse desierint, partes eorum ad caeterorum onus respicere manifeste neque ambigue dicatur⁴⁰⁾. Tum vero non solum ut confidejussores, inter quos actio dividatur, solvendo sint, sed etiam ut eos solvendo esse constet⁴¹⁾, requiritur. Et aequitati profecto maxime convenit creditoris periculo actionem non dividi. Si igitur, utrum omnes fidejussores solvendo sint, nec ne dubitatur, fidejussor in solidum conventus duobus modis, ut hanc quidem ob causam beneficium divisionis non denegetur, efficere potest. Namque aut confidejussores, inter quos ut actio dividatur, vult, solvendo esse probare debet⁴²⁾, aut ut suo periculo confidejussores con-

³⁸⁾ Cfr. Conanus eod.: „at debitoris et fidejussoris nulla est obligationis societas, sed ea omnis debetur a debitore et quidem solo: sed eam in se recepit et sua fide promisit fidejussor.“ Huber XLVI, 1. no. 7: „sed inter fidejussorem ejusque fidejussorem non fit divisio: vires enim sequentis fidejussoris primo sunt aggregandae; l. 27. §. 2. D. h. t.“

³⁹⁾ Cfr. §. 4. J. III, 20; l. 26. D. h. t.; l. 1. §. 12. D. XXVII, 3. (de eo quod confidejussores solvendo esse debent, v. Caj. III, 121; l. 10. pr. D. h. t.; l. 51. §. 1. eod.). Heineccius (ed. Mühlenbr.) III, 21. §. 9; Lauterb. Coll. ad h. t. §. XLIV. Perez P. II. p. 496. n. 28: „grave foret tum actionem dividi quando aliqui non sunt solvendo.“ Cujac. T. IV. p. 960. ad l. 51. §. 1. et Idem in Schulting. J. V. A. (ad Paul. R. S. I, 20.); Sell. III. p. 2. §. 1, contra quem Burchardi Archiv. p. 56.

⁴⁰⁾ §. 4. J. cit. l. 26. D. cit.

⁴¹⁾ arg. l. 10. pr. D. h. t.: „Si dubitet creditor, an fidejussores solvendo sint“, etc. — Cfr. l. 28. D. h. t.

⁴²⁾ Cfr. a Boyneburg th. XXXVII, 4; Lenzer ad l. 51. §. 1. D. h. t. i. m. Ronchegall. ad l. 3. §. 1. n. 150 seq.; Donell T. IV. p. 563. n. 17; Voet l. l. n. 21; Clawe l. l. th. 23. fidejussori hoc probandum esse negat quidem, sed nullo argumento munitur. Fidejussoris autem probationem esse, non

veniantur in parte, cautionem offerre ei licet⁴³⁾. Itaque tum demum, si omnis dubitatio hac de re remota est, fidejussor in solidum conventus beneficio divisionis uti poterit, ita ut actio inter eos, qui solvendo sunt litis contestationis tempore, dividatur. Sed plane alia rei ratio est, si creditor ipse, a singulis partibus tantum petitis, ultro actionem divisit. Hic enim partes eorum, qui solvendo non sunt, non ad reliquorum confidejussorum onus respiciunt, sed creditori minus prudenti sunt detrimento⁴⁴⁾. Quum vero fidejussores, utrum solvendo sint, nec ne, censeantur, etiam vires sequentis fidejussoris fidejussori principali aggregandas esse, l. 27. §. 2. D. h. t. docet⁴⁵⁾. — Nunc autem ut, quo tempore fidejussores solvendo esse oporteat, dicamus, restat. Litis vero contestatae tempore fidejussores, inter quos actio dividatur, solvendo esse debere. Hadrianus ipse in illa epistola praescripsisse videtur⁴⁶⁾. Si igitur post litis contestationem aliqui solvendo esse desierunt, hoc creditoris est detrimentum, et ne pupillus quidem creditor, quum jure communi usus deceptus esse non videatur, in integrum restitutione defenditur⁴⁷⁾. Causam vero, cur eorum tantum partibus, qui ante litis contestationem solvendo esse desierunt, ceteri fidejussores onerentur, eandem esse putamus, cur semper pecunia, quae litis contestationis tempore debetur, solvenda est.

Quod autem ad alteram attinet conditionem, quam, ut fidejussores creditoris constat e regula illa: „qui excipit probare debet.“ Cfr. l. 1. §. 13. D. XXVII, 8.

⁴³⁾ l. 10 pr. l. 28. D. h. t. qua de lege v. paragraphum insequentem. Cfr. Heimbach in Weiske Rechtslexicon s. v. beneficium divisionis T. I. p. 894: „vorausgesetzt indess, dass die Caution durch Bürgen geleistet wird, und dass die übrigen Mitbürgen gegenwärtig sind.“ Cur vero cautionem offerre fidejussori permittatur, l. 10. pr. ipsa docet: „nec enim semper facilis est nominis emptio: quum numeratio totius debiti non sit in expedito.“ Cautionem autem offerre fidejussori non licere, si creditor incommodo afficeretur, memorat Schweppe l. l. §. 11. not.: „Die Umstände reden dabei mit, ob der Gläubiger nicht rechtswidrig dadurch beschwert wird.“

⁴⁴⁾ Cfr. v. Wenning-Ingenheim Zeitschrift T. IV. p. 405 i. m. et Donnell. ibi laudat Huber ad J. III, 21. n. 7; Arn. Vinnius l. l. p. 515.

⁴⁵⁾ Caeterum cfr. l. 1. §. 12. D. XXVII, 3: „sed prout quisque solvendo est, poterunt conveniri.“ Ut e l. 2. D. XLIX, 2. comperimus, qui an fidejussores idonei essent, probarent, dare solebant, a quibus utrum appellari liceret, quaerebatur. Cfr. Voet n. 21 i. f.

⁴⁶⁾ v. §. 4. J. cit. Gaj. III, 121; l. 51. §. 1. D. h. t. Alio jure utuntur tutores; cfr. l. 1. C. V, 52. In l. 26. D. h. t. verba „ante exactam pecuniam“ nihil nisi „ante L. C.“ significare a nemine dubitatur.

⁴⁷⁾ l. 51. §. 4. D. h. t. cfr. Cujac. ad h. l.

idonei sint, impleri necesse est, eos, inter quos beneficium divisionis locum habeat, praesentes esse debere ⁴⁸⁾ a nemine negatur quidem, sed hic idem error ac supra corrigendus nobis est. Nonnulli ⁴⁹⁾ enim scriptores, ut omnes confidejussores praesentes sint, requiri putant, sed, ut jam supra diximus, actio inter eos tantum, qui idonei sunt, dividitur, neque vero, uno solvendo non existente, reliquis beneficium denegetur. Cavendum autem est, ne vocis „praesto“ sententiam aut angustius aut latius explicemus. Quam vero vocem definientes creditori magis quam fidejussori, quum in beneficio nostro nullam acerbitatem inesse Hadrianus vellet, consulere debemus. Imprimis igitur in voce „praesto“ non de loco aut de tempore cogitandum, sed potius, utrum creditori sine magnis difficultatibus satisfieri possit, quaerendum erit ⁵⁰⁾. Ex qua definitione, et ut is, qui latitat ⁵¹⁾, praesto non habeatur ⁵²⁾, et ut is, qui aut abest aut latitat, sed bona, quibus creditori satisfieri possit, reliquit, praesto esse censeatur ⁵³⁾, sequitur. Eum vero, qui de fuga suspectus est, absentem esse habendum, negare nos debere censemus. Nam si quis de fuga tantum suspectus est, quid est, cur conveniri nequeat ⁵⁴⁾? Ita igitur praesentia definita, quando aliquis, quod ad locum attinet, praesens censeatur, seu quatenus fidejussor, ne creditori agenti nimiae difficultates afferantur, abesse possit, addendum erit. Sed ad hanc quaestionem, quam quaestio sit mere facti, judicis erit in singulis causis respondere. Alii quidem locum, intra quem fidejussor, qui praesto haberi possit, morari debeat, describere conantur: at nulla earum definitionum ad omnes causas pertinere potest ⁵⁵⁾. Sed

⁴⁸⁾ l. 10. pr. D. h. t. Auth. Hoc ita: Cod. VIII, 40.

⁴⁹⁾ Cfr. de Schroeter T. VI. p. 437.

⁵⁰⁾ Cfr. l. 2. pr. — § 4. D. XLII, 4. Eadem sententia est Mackeldey §. 339: „Dieses benef. fällt aber weg, wenn die anderen Schuldner schwer zu belangen sind“; Girtanner p. 98. §. 26: „— wenigstens wenn er Mitbürger habe, deren Ausklagung dem Gläubiger keine grössere Schwierigkeit mache und wirklich zur Befriedigung führen würde.“ Cfr. l. 246. pr. D. L, 16.

⁵¹⁾ De sententia vocis „latitare“ v. l. 7. §. 13. D. XLII, 4.

⁵²⁾ l. 2. §. 1. D. cod.

⁵³⁾ Cfr. Voet l. l. n. 18: „Jure civili absens habetur, qui ita abest, ut propter absentiam conveniri nequeat, adeoque absens dici non potuit, si domi procuratorem reliquisset, qui ejus nomine posset a creditoribus interpellari; vel in loco, unde aberat, et in quo forum competens sortiebatur, bona haberet, in quae creditores rei servandae causa mitti possent.“

⁵⁴⁾ Alia sententia est Vogler: de beneficio Ordinis fidejussorum. Wittebergae 1690. th. XXVI.

⁵⁵⁾ Parisius (de beneficio Excussionis. Francof. ad Viadr. 1691. th. 4—7.) distinguit inter praesentiam strictissimam et latam et latissimam, sed ipse cen-

hic quoque fidejussor exceptione nostra usurus reliquos praesto esse probare haud dubie cogitur⁵⁶⁾.

III. Fidejussores denique valide (de jure civili) obligatos esse necesse est. Ne vero tota fidejussio inanis sit, rem ipsam, ad quam praestandam et reus principalis et fidejussores sese obligaverunt, tum salvo hominum pudore tum salvis juris legibus praestari posse oportet. Fidejussio enim non magis quam obligatio principalis valere potest. Tum vero, ut res promissa et secundum naturam fieri possit, in fidejussione quoque requiri per se certe intelligitur. Sed etiam si, quin tota fidejussorum obligatio recte valideque facta sit, ne minime quidem dubitari potest, jure tamen nonnulli fidejussores numquam e fidejussione sua tenentur. Quamquam enim quique stipulando obligari possunt, recte etiam fidejubent⁵⁷⁾; mulierum tamen fidejussio e SCto Vellejano propter hujus sexus imbecillitatem nullius est effectus. Si igitur Titius et Seia pro Maevio fidejusserant, quum mulieris intercessio pro irrita habeatur, Titius solus in solidum obligatus beneficio divisionis uti nequit⁵⁸⁾. Si vero major XXV annis et minor XXV annis ejusdem summae sunt fidejussores, quum fidejussio pupilli non ipso jure, sed restitutione in integrum petita, vi privetur, utrum ille unus in solidum teneatur, dubitatum esse videtur⁵⁹⁾. Papinianus autem hac in causa, utrum minor post majorem an ante eum an simul cum eo intercesserit, distinguendum esse scripsit. Namque „ita demum alteri totum irrogandum esse, si postea minor intercesserit, propter incertum aetatis ac restitutionis.“ Sed de causa, cur ita distinguendum sit, non eadem omnibus est sententia.

1. Perezius l. l. ad Lib. VIII. C. tit. 41. n. 31. hujus distinctionis causam in eo ponit, „quod solus ab initio obligationem suscepit, quae resituito minore redintegratur creditori.“

2. Cujacius ideo hac in causa majori solidum irrogandum esse putat, „quia et ab initio obligavit se in solidum, nullum sperans beneficium, quo solveretur praestatione solidi, nullum sperans se habiturum

set hic praesto esse, „qui possit facile et sine magno negotio Creditoris conveniri.“ Accursius autem in Gl. ad Nov. 4 c. verb. „Praesentes“ hic eos praesentes esse putat, qui sub eodem iudice eademque provincia sint. Sed praesentia fidejussorum inde tantum pendet, utrum reliqui fidejussores difficilius quam fidejussor in solidum conventus, qui peregrinus esse potest, conveniantur.

⁵⁶⁾ V. Ronchegall. ad l. 3. §. 1. D. XLV, 2. n. 188.

⁵⁷⁾ Cfr. Hering c. VII. n. 68 sqq.

⁵⁸⁾ V. l. 48. pr. D. h. t.

⁵⁹⁾ l. 48. §. 1. D. h. t. Quam ob rem Papinianus ibid.: „huic similis“ — inquit — „et illa quaestio“ etc.

participem ejusdem obligationis, quia nesciebat creditor, essetne accepturus alium confidejussorem; hoc ergo casu major tenetur in solidum rescissa intercessione minoris.“ (Cfr. Cujac. in Lib. X. Quaest. Papin. ad l. 48. D. de fidejuss. T. IV. p. 270, et Observ. Lib. X. c. XXIII. T. III. p. 277 i. f.).

3. Zimmern (Römisch-rechtliche Untersuchungen. p. 209. n. 55.) Papinianum etiam alia ratione ductum fuisse existimat. „Es scheint diese Stelle eher daraus erklärt werden zu müssen, dass es darauf ankam, ob man annehmen dürfe, Titius habe anfangs sich aufs Ganze oder nur theilweise verbürgt, nicht mit Cujacius (l. l.) aus der erst nachher durch die epistola Hadr. entstehenden Theilung. Denn war das Erste wirklich der Fall, so müsste ja Titius auf jeden Fall das Ganze bezahlen, weil es keinen Unterschied bewirken kann, ob sein Mitbürge insolvent oder ein restituirter Minor ist, von dem man doch gewiss auch nicht sagen kann, dass er zum Zahlen „idoneus“ sei!“

4. Nova hujus loci explicatio est Girtanneri (p. 468 i. f. et sqq.): „Mir scheint eine Erklärung dieser Stelle nur möglich, wenn wir sie nicht von fidejussores, sondern von sponsores oder fidepromissores — nicht von der epistola Hadriani, sondern von der lex Furia verstehen. Da Papinian die letztere nicht ausdrücklich bei seiner Entscheidung nannte, so glaubten die Compileren, er rede von der epistola Hadriani und nahmen die Stelle unbedenklich auf, nur setzten sie (statt des veralteten spoponderint oder fidepromiserint) und sponsor (oder fidepromissor) das gewöhnlichere fidejusserint, fidejussor — wie wir das an manchen andern Stellen mit Gewissheit, an andern doch mit grösster Wahrscheinlichkeit nachweisen können.“ Et q. s. cetera.

5. Connanus denique, qua ratione vocem „postea“ interpretaretur, nesciens pro „postea“ „sponte“ legendum esse putabat. Cfr. Con. VI, 7. no. 11. (ad l. 48. §. 1. cit.): „Nam sive antea sive postea sive simul intercedat minor, nihil refert, quod etiam ex sequentibus verbis satis comprobatur. Nam subjicit et l. 48. „Quod si dolo“ etc. — Sic enim distinguit Papin. aut sponte sua minor fidejussisset, et restitui potest in perniciem confidejussoris, qui totam obligationem cogitur suscipere: aut dolo creditoris et tum minor non aetatis gratia sed ratione doli restituitur: quod creditori, qui dolum adhibuit, nocebit.“

At Cujacii sententiam perversam esse, quum ei, qui falsa aliqua ratione commotus egit, numquam fere subveniatur⁶⁰⁾, facile intelligetur. Sed ne Perezii quidem sententia, a qua opinio Guilielmi Zimmern

⁶⁰⁾ Cfr. Puchta Pand. §. 57.

discrepare non videtur, satis firmam esse, Girtanner p. 463 sq. ad persuadendum accommodare docuit⁶¹⁾. Nam si major simul cum minore vel post eum intercedens in partem tantum sese obligavisset, eum pro rata tantum conveniri posse nec beneficio divisionis egere quis est, qui neget? Sin autem plures fidejussores simul obligati singuli in partes tantum teneri putarentur, Papinianus et universae fidejussionis et Hadriani epistolae jus mutavisset. Beneficium autem divisionis quam rarissime locum habere poterat. Sed Girtanneri quoque sententia nobis displicet. Primum enim etiam Papiniani temporibus in judiciis de sponsoribus vel fidepromissoribus actum esse verisimile quidem non est⁶²⁾; tum vero ne in lege quidem Furia, quae in solidum obligationem ipso jure in tot obligationes, quot sponsors vel fidepromissores eo tempore, quo pecunia peti potest (non lit. cont. tempore) erant (non quot solvendo erant) deducit, utrum eodem vel diversis temporibus sponsors vel fidepromissores sese obligaverint, quaeritur: sed quot sponsors, quo tempore pecunia peti potest, existant, unice interest. E lege igitur Furia majori fidejussori tum demum totum erat irrogandum, si minor XXV annis ante illud tempus in integrum restitutus erat. Quod vero ad legis Creperejæ „praedictionem“, quam magni momenti in hac causa esse Girtanner putat, pertinet: illud legis Furiae beneficium ea certe non evertitur. — In Conani denique conjecturam jam Cujacius vehementissime invectus est⁶³⁾, sed insolentius quam doctius. — Quae quum ita sint de recta illius legis explicatione desperantes, legem illam aliquo modo corruptam esse censemus⁶⁴⁾. De minoris autem et majoris XXV annis fidejussione cur a communi jure recedamus, non est. Si enim litis contestationis tempore minor in integrum restitutione liberatus est, majori fidejussori totum irrogandum erit; alias vero exceptio divisionis haud injuria opponetur. Sed quum Papinianus unum tantum exemplum enarret neque „generalem aliquam quaestionem formet decidatque“, Leyserus⁶⁵⁾ eum

⁶¹⁾ Girtanneri argumenta, quae legantur, dignissima sunt; sed ea hic transscribere longum est.

⁶²⁾ Cfr. supra p. 4. n. 4. p. 7. §. 2. i. f.

⁶³⁾ Cujac. T. IV. p. 270: „Franciscus Conanus perquam suaviter emendavit, et pro verbis „si postea“ posuit „si sponte“, vir est doctissimus, sed non juris: corrumpit judicium et tempus perdit, qui in ejus commentariis illud ponit.“ Cfr. Hering. XXVII, P. II. n. 69.

⁶⁴⁾ Discrimine, quod in l. 48. inter errorem excusandum et errorem non excusandum Girtanner facit, legis explanatio parum adjuvatur. — Papiniani autem fragmenta saepius esse obscura, nemo ignorat.

⁶⁵⁾ Meditat. T. VII. sp. 525.

„multum incertitudinis et largam disputandi materiam interpretibus reliquisse“ putat atque hujusmodi turbationis imaginem tanquam praesentem et vividam nobis describit. At quin in illa l. 48. pr. D. h. t. ratio, de qua generalis illa quaestio, an beneficium divisionis inter confidejussores, quorum alterius fidejussio inutilis est, locum habeat, solvi potest, insit, non dubitamus. Quum enim duo simul fidejusserint, sed alterius obligatio inutilis sit, ratione hujus fidejussionis non habita, ille in solidum condemnandus est, perinde ac si ab initio in solidum solus intercessisset. Sed etiam eos, quorum obligatio plerumque inutilis est, nonnumquam valide fidejubere posse constat, veluti si mulier intercedens SCto Vellejano renunciavit, aut si minor in rem suam vel pro procuratore suo fidejusserit, etc. 66). In hisce autem causis cur beneficium divisionis denegetur, causa non est: imo vero altero fidejussore solvendo non existente, mulier vel aliae personae in solidum tenentur.

§. 7. De lege 28. D. XLVI, 4. *)

Haud paucos viros doctissimos beneficium divisionis non solum exceptionis ope, sed „actionis quoque via“ allegari posse arg. l. 28. D. h. t. putasse 67) jam supra diximus. Recentioribus demum Jurisconsultis, ut simplicissima illius legis verba recte interpretarentur, contigit. Verba autem dictae legis haec sunt: „Si contendat fidejussor, ceteros esse solvendo, etiam exceptionem ei dandam, si non et illi solvendo sint“ 68). Quam legem perversae jam Glossa (ad h. l.) interpretatur in hunc modum: „quod unus e fidejussoribus pluribus, cui competit beneficium divisionis, illud proprium possidet per modum actionis, Judicis officium implorando, et per modum exceptionis, actioni adversus illum a Creditore institutae eandem opponendo“ 69). Sed jam Cujacius 70) hac in lege aliam inesse sententiam putabat. Is enim „hanc legem de Fidejussore a Creditore in jus, h. e. ad Praetorem

66) Minor scilicet his in causis in integrum restitutionem desiderare nequit. cfr. Hering. c. VII, 103. 104; Girtanner p. 133—145.

*) Cfr. Lauterbach, Diss. Vol. II. diss. LXXXIV.

67) Usus forensis hac e lege remedium, quod dicitur „legis Si contendat“ sumsit. cfr. Girtanner p. 215. 249.

68) Hoc Pandectarum fragmentum ab Haloandro aliisque, quum in Vers. Vulg. pro „Paulus“ in inscriptione „Cajus“ legatur, huic adscribitur; sed certiolem Codicis Florentini lectionem esse existimant.

69) Lauterb. l. l. th. X; Lenzer ad l. 28. D. h. t. Hering. XXV. n. 132. 133. XXVII. P. II. n. 15. 16.

70) Comm. ad Lib. 25. Pauli ad Edict. in L. si contendat.

vocato et in solidum convento“ intelligens distinguendum esse, utrum ceteros confidejussores solvendo esse constet neque a creditore negetur, an fidejussori hoc probandum sit, arbitratur ⁷¹⁾. Namque illud si acciderit, actori in solidum actionem omnino denegandam et fidejussorem pro parte tantum civili conveniendum esse, sed, si, quin reliqui solvendo sint, dubitetur, in solidum actionem creditori, fidejussori exceptionem: si non et illi solvendo sint, concedi ⁷²⁾. Epistolam enim D. Hadriani beneficium divisionis sub hac expressa concedere conditione: modo solvendo sint lit. cont. tempore, unde dubitatum esse, si de hoc non constaret, an illud haberet locum. Eadem sententia est etiam Joannes de Imola (ad d. L. si contendat) ⁷³⁾, qui illam legem intelligendam esse putet de Reo et Fidejussore a creditore jam convento: ita ut ille non tantum uti possit beneficio divisionis pluribus Fidejussoribus concessio, si Actor et Creditor fateatur, illos solvendo esse: sed etiam si unus ex illis in solidum conventus contendat, omnes solvendo esse, Actor vero illud neget, modo fidejussor illud velit probare, omnes solvendo esse.“

Quaestio autem nobis hac de re solvenda est haec: utrum aut lege „si contendat“ aut aliis Juris Romani legibus remedium, quod vocant „Legis si contendat“, introductum sit, necne. Si enim ex aequitate aut alia de causa usus forensis hujusmodi remedium recepit, nihil nostra interest, quum de Juris Romani principiis disseramus. Aequitati autem dictum remedium maxime convenire quis est, qui neget ⁷⁴⁾? Et revera plerique ex iis, qui hoc remedium tractant, nihil nisi in foro id receptum esse et de hodierno jure valere dicentes, quum ad jus Romanum recedant, aut probationem e dicta lege sumtam minoris aestimant, aut etiam remedium illa lege introductum esse negant ⁷⁵⁾. — Lex autem 28 cit. varie explicata est propter unam vocem „etiam“. Alteri enim hac vocula, cui vis quaedam implicativa insit, non solum exceptionem: „si non illi solvendo sint“, sed etiam actionem,

⁷¹⁾ Cfr. Lauterbach l. l. §. XII; Cujacium sequitur Höpner: disp. jurid. de actione fidejussoris adversus debitorem antequam solvit. §. 23.

⁷²⁾ Argumento utitur Cujac. l. 9. pr. D. XII, 3.

⁷³⁾ Lauterbach l. l. §. XI; Girtanner p. 215 n. 7, qui Imolam primum legem 28. recte interpretatum esse dicit. — Cujacii et Imolae sententia reperitur et apud Hugo civ. Magaz. P. I. p. 682.

⁷⁴⁾ Cfr. Lauterbach. l. l. cap. III.

⁷⁵⁾ Lauterbach. l. l. §. 15 i. f.: „Ex dictis nunc apparet, remedium nostrum, qualiter illud hodierno usu viget, esse suum debere Doctorum interpretationibus, et moribus magis, quam scripto Romanorum juri.“

qua creditor ad fidejussorem conveniendum compellatur, fidejussori competere dici — quam interpretationem Glossa et usus forensis secuti sunt — ⁷⁶⁾; alteri verbo „etiam“ causam, ubi fidejussor reliquos solvendo esse contendat, ei causae, si id constet, opponi existimabant. Sed quam longe prior illa verbi „etiam“ explicatio a veri similitudine abhorreat, Lauterbachius ipse Imolae sententiam memorans docet ⁷⁷⁾. Et profecto! Imolae legis interpretationem multo propius quam Glossae explicationem ad veritatem accedere, integer quidem iudex non negabit. At, etiamsi hac lege illud remedium muniri negare debemus, aliis tamen Juris Romani legibus id niti posse videtur. Allegantur quidem leges ad hoc remedium probandum, ut l. 3. D. I, 19; l. 23. pr. D. IV, 2; l. 13. pr. D. XII, 2; l. 28. §. 8. D. XXXIV, 3; l. 3. C. I, 21; l. 2. C. IV, 15; l. 3. C. VII, 71. ⁷⁸⁾. Sed profecto hae leges, quae hic diluantur, dignae non sunt. Neque enim ullo verbo fidejussorum jus, quod singulare esse constat ⁷⁹⁾, attingitur, neque in illis legibus communis quaedam ratio, quae ad omnes hujusmodi causas pertinent, inest. Imo vero a fidejussorum quidem jure talem aequitatis rationem abhorrere, manifestis verbis l. 63. D. h. t. dicit. Nam quum ne fidejussori quidem, ne debitor principalis solvendo esse desinat, metuenti de jure Romano succurratur, quonam jure, ut contra confidejussorem, qui rem familiarem dissipat vel minus idoneus futurus videtur, sibi subveniatur, eum postulare posse putatis ⁸⁰⁾?

⁷⁶⁾ Hoc vero remedium non esse actionem proprie dictum docet Hering. XXVII, P. II. n. 16: „neque enim ibi actionem instituit fidejussor pro obtinendo beneficio Epistolae D. Hadriani.“

⁷⁷⁾ l. 1. §. XI: „licet dictio, ETIAM, sit implicativa, et sic duos casus ponat, unum, qui verbis ibi exprimitur, et alterum, quem implicat, ac tacite indicat: tamen haec particula implicativa sua natura implicat casum minus dubium, et exprimit casum magis incertum et dubium vid. L. 20. D. XLVI, 1. Hartmann. Pistor. lib. 2. qu. 83. num. 33. Caspar. Klock. tom. 3. consil. 121. num. 9. Posita autem Glossae interpretatione, dictio, ETIAM, contra naturam suam, hic implicaret casum magis dubium, et exprimeret minus dubium.“

⁷⁸⁾ Citantur apud Lauterb. l. 1. §. XIV et XV, ubi et refelluntur.

⁷⁹⁾ Cfr. Sell, Zeitschrift. T. IV. p. 21.

⁸⁰⁾ Cfr. Schweppe l. 1. §. 511 i. f.: „Man stützt sich dabei (h. e. quum originem hujus remedii a jure Romano trahant) auf angebliche Billigkeitsgründe, welche aber dem röm. Rechte gar nicht entsprechen.“ Cfr. etiam Höpner l. 1. §. 24. Minus firmum etiam videtur argumentum Heringii (XXVII. P. II. n. 31): „Estque praedictus paragr. ultimus (l. 51. §. ult. D. h. t.) vel ideo quoque notandus, quod supra n. 15. et 16. castigatam opinionem Antonii Pichardi Vinvesae ulterius juxta mecum coarguit. Si enim actio ipsa inter fidejussores di-

Quae quum ita sint, quamquam in foris Germanicis „remedium legis si contendat“ ubique esse receptum negari nequit, ex jure tamen Romano tale remedium nonnisi falsa hominum doctorum interpretatione natum est ⁸¹⁾. Quum igitur illa l. 28. fidejussori in solidum convento, qui reliquos solvendo esse, etiamsi non constat, contendat, exceptionem: si non et illi solvendo sint, dandam esse dicatur, hanc exceptionem dilatoriam esse, ita ut idem ac cautio oblata efficiat, facile est intellectu. Creditor enim hac exceptione sibi opposita ad tempus repellitur ⁸²⁾.

II. De effectu exceptionis divisionis.

§. 8. Enumerantur argumenta, quibus Wenning-Ingenheim exceptionem divisionis esse peremptoriam probat.

Ex effectu beneficii nostri, quae ejus sit natura, haud minime apparere jam supra diximus. Sed quum, exceptione creditori opposita, aut obligatio plurium fidejussorum in plures obligationes pro parte dividi possit, ita ut singuli, actione semel divisa, pro sua quisque parte, non in solidum teneantur, aut singuli pro parte tantum sub ea conditione, nisi ceteri solvendo esse desierint, obligati esse possint, utrum illa an haec vis in exceptione divisionis insit, quaerere debemus. Utraque vero sententia a doctissimis viris defenditur ¹⁾. In hac autem disquisi-

viditur, intellige, mediante beneficio sive exceptione Epistolae D. Hadriani, quomodo, quaero, per actionis viam beneficium divisionis competere poterit?“

⁸¹⁾ Et nunc quidem nemo ab hac sententia recedere videtur. Cfr. Valett: Ausführliches Lehrbuch des practischen Pandecten-Rechts. Leipz. 1828. T. II. §. 574: „Nur die Praxis aber, und nicht die Gesetze geben dem Bürgen das Recht, den Gläubiger zur Klage gegen den Schuldner zu nöthigen, um seine Einreden gegen das Unzulässigwerden zu verwahren.“ Cfr. Schweppe l. l. §. 511 i. f.

⁸²⁾ V. Keller (Litiscont. u. Urth.) p. 569. n 15: „Unter dieser exceptio darf man sich aber ja nicht das Mittel denken, wodurch jene Theilung wirklich ins Werk gesetzt worden wäre, sondern dieselbe hatte, wie jede andere Exceptio dilatoria, wenn der Kläger es darauf ankommen liess, und sie dann vom Judex begründet erfunden wurde, gänzliche Abweisung desselben zur Folge. Vergl. Gaj. Comm. IV. §. 123.“ Cfr. Höpner l. l. §. 23: „sed interim, ut in causa juramenti (l. 9. pr. D. de jurej.) fidejussori data fuit exceptio“, etc.

¹⁾ Diligentissime de hac re scripsit de Wenning-Ingenheim in: Zeitschrift für Civilrecht und Process. T. IV. p. 382 sqq. atque ab eo utriusque sententiae defensores nominantur. Ad quos addite: 1) Lauterb. l. l. th. XXXII.

tione inprimis Weningii vestigia, quum nemo fere illorum scriptorum suam hac de re sententiam argumentis firmaverit, sequi nobis liceat. Cujus disputationis, qua obligationem in solidum, si quis fidejussorum auxilio divisionis usus sit, in obligationes pro parte mutari studet probare, hic fere cursus est.

I. Scriptoribus, qui sententiam a Weningio probatam aut defendunt aut refellunt, enumeratis, ut exceptionis divisionis effectus satis appareat, tres modos, quibus fidejussores a creditore conveniri possint, distinguendos esse censens commentationem suam in tres partes dividit²⁾. Primum autem illam rem explanans, postquam electione rei principalis fidejussorem (Paul. R. S. II, 17.) et vice versa electione fidejussoris reum principalem liberari attigit, electione quoque unius seu rei promittendi sive fidejussoris reliquos aut reos principales aut fidejussores de vetere quidem jure prorsus liberatos esse docet³⁾. Quam sententiam Weningius pluribus etiam legibus firmatam esse arbitratur⁴⁾. Hisce vero legibus quum nonnullae aliae⁵⁾ obstare videantur, has ab illis, quae de aliis causis intelligendae sint⁶⁾, haud discrepare ostendit. Duas enim sententias et de natura et de solutione ejus obligationis in

Rosshirt l. l. II. p. 521. n. 1. Girtanner p. 467 sqq. — 2) Schilling: Pandektenrecht für Studirende. Berl. 1844 §. 721. n. 1.

²⁾ V. p. 385. §. 2: „So oft nämlich mehrere Mitschuldner vorhanden sind, und die Folgen des Angriffes von Seiten des Creditors auf Einen, rücksichtlich der übrigen aufgefasst werden sollen, muss man drei Fälle unterscheiden: 1) der Mitschuldner wird auf das Ganze belangt, es kommt zu keiner Theilung, und man fragt, welche Wirkung dies rücksichtlich der anderen habe. 2) Der Gläubiger belangt sofort Alle, jeden auf das ihn treffende Ratum. 3) Der Belangte begehrt die Theilung nach der epistola D. Hadriani, und von dem Richter wird darauf erkannt. Die Untersuchung der zwei ersten Fälle enthält gleichsam die Vorbereitung zur Entscheidung unserer Aufgabe, die Erörterung des dritten aber deren Lösung selbst.“

³⁾ Cfr. Girtanner. p. 100: „Welches Schutzmittels für den Gläubiger man sich in diesem Falle bedient habe, darüber ist uns Nichts überliefert — begreiflicher Weise, weil seit Justinians c. 28. C. de fidej. die Frage nicht mehr in Betracht kam“

⁴⁾ l. 28. C. VIII, 41; l. 116. D. de V. O. (XLV, 1); l. 2. D. XLV, 2; l. 4. D. XXI, 2.

⁵⁾ l. 3. 4. D. IX, 3; l. 5. §. ult. D. XIII, 6; l. 1. §. 43. D. XVI, 3; l. 8. §. 1. D. XXX. De Cujacio et Donello contradicentibus cfr. Wening l. l. p. 388.

⁶⁾ p. 394. quatuor rationibus leges illas contrarias explicari posse docemur. Quartam autem hac de re sententiam Weningius ita enuntiat: „Es bleibt daher 4) gewiss nur der Ausweg übrig, in einer Unterscheidung der Fälle die Ursache der verschiedenen Aussprüche zu suchen. Diess möchte aber nur in nachfolgender Weise geschehen können“, et quae sunt reliqua.

solidum contractae, qua plures ejusdem obligationis ita fiant debitores, ut nec plures singulorum obligationes agnoscantur, neque unusquisque totam obligationem praestare debeat, existere posse. Quas sententias Weningius ineunte p. 396 paucis verbis ita describit: „Nach der ersten wird die Bestimmung über die solidarische Haftung der Einzelnen suspendirt bis zum Angriffe, der Electio des Creditors, nach der zweiten resolvirt mit der Bezahlung. Stritte man dagegen über Werth und Vorzug der Einen vor der Andern, so mag man immerhin die zweite für die billigere erklären — als die strenger juristische, als die consequenter dürfte die erste gelten.“ Causa vero, cur fidejussores et rei promittendi, non depositarii aut mandatores unius electione liberabantur, in eo ponitur, quod illorum negotium erat stricti juris, bonae fidei negotium horum. Ad extremum Weningius, qui hujus disputationis sit exitus, breviter complectitur (p. 397. 398) in hanc fere sententiam: Omnes Jctos Romanos fidejussores et reos promittendi, non mandatores aut reliquos, qui e bona fide vel ex aequo obligabantur, unius electione prorsus liberari censuisse constat. Justinianus vero c. 28. C. VIII, 41, „nullo modo electione unius e fidejussoribus vel ipsius rei alterum liberari, vel ipsum reum, fidejussoribus vel uno ex his electis, liberationem mereri, nisi satisfactum sit“, quum haec lex consilio, quo fidejussores et reliquae illae personae commoti sese obligare „et ex pacto hujusmodi causae prospicere“ solerent, magis conveniret, sancivit.

II. Altera autem illius disputationis parte de casu, qui in fontibus juris Romani cognitionis parum explicatur, scilicet si creditor ipse non solidum sed partes viriles a debitoribus petierit, agitur. Hic vero Weningius, utrum creditor unum fidejussorem in partem, an omnes simul in suam quemque partem convenerit, distinguendum esse annotat. Quod igitur ad priorem attinet casum, ante constitutionem 28 cit. nemo nisi fidejussor electus reliquam partem, in quam creditor nondum egerat, quum ceteri liberarentur ipsa electione, debebat. Sed post illam Justiniani constitutionem in reliquam quidem partem omnes teneri pergunt, ita ut creditoris arbitrio, quam in eam aut quos in ejus summae partes convenire velit, permittatur. At aliter de hac re lex 51. §. 1. D. h. t. judicare videtur⁷⁾. Sed Weningius, hoc — inquit — fragmen-

⁷⁾ p. 400: „Aus dieser Stelle müssen folgende Sätze abgeleitet werden: 1) die übrigen Theilnehmer sind in Ansehung des Restes nicht liberirt. 2) Derjenige, welcher einen Theil bezahlte, wird nicht unbedingt allein für den Rest haften. 3) Er wäre dagegen zur Theilnahme an der Bezahlung des Restes

tum e Papiniani responsis delibatum facile cum sententia supra aperta conciliari, si id beneficio divisionis quasi duce scriptum esse perpendatur. Namque hac una ratione, cur is, qui partem virilem solverit, quominus residui divisione facta portionis iudicium accipiat, recusare non debeat, explicari posse. Quum enim epistolae beneficium non sine ullis conditionibus locum habeat, creditorem, qui unum fidejussorem in partem virilem conveniat, aut, epistola ab eo non allegata, partem virilem accipiat, actionem dividi passum videri⁸⁾. Tunc autem creditori eum, qui partem jam solverit, in solidum convenire licere, sed quominus residui fiat divisio, impedire eum non posse. Residui vero divisione facta eum, qui partem jam solverit, nonnisi humana atque aequa Icto- rum Romanorum interpretatione a residui parte solvenda liberatum esse. Quod vero reliqui fidejussores e l. 51. §. 1 cit. pro residuo omnes teneantur in solidum, quum epistola illa edita nemini actionem divisam evitare liceat, expedite evolvi⁹⁾. Si vero creditor — id quod Wenin- gius altero loco ponit — omnes debitores in partes viriles convenerit, unam in solidum obligationem ita deleri, ut tot obligationes, quot nu- mero sint debitores existant¹⁰⁾, manifestum apertumque et propter

strenge genommen verpflichtet. 4) Doch kommt ihm hierin die billigere Ausle- gung der Juristen zu Hülfe, insofern er das ihn wirklich treffende Ratum erlegt hat. Cfr. Cujac. ad h. l. in Opp. T. IV. p. 960. Zimmern l. l. p. 272.“

⁸⁾ At Weningius illam legem parum accurate interpretatus est. Neque enim de eo casu, si creditor ipse unum fidejussorem in partem convenerit, sed de eo, si omnes fidejussores partem pecuniae suo vel rei promittendi nomine solverit, intelligenda est. Creditor autem ideo, quod partem accepit, actionem dividi pati nobis quidem non videtur. Quid enim? si partem accepit, fidejus- sorem residuum postea soluturum esse sperans? Tum vero Weningius sibi ipse non constat. Nam tota hac disputatione, divisione semel facta, in suam quemque partem teneri docet. At si in l. 51. §. 1 cit. actionem divisam esse putandum esset, is, qui partem suam solvit, residui divisione facta portionis iudicium summo certe jure recusaret. — Sed v. infra.

⁹⁾ Hisce verbis Weningius (p. 402 i. f.) quomodo illam legem explicet, breviter colligens utitur: „Das Ergebniss der Erklärung unserer Stelle ist dem- nach einfach folgendes: Vor der epistola wurden die Anderen befreit, sobald der Creditor von Einem einen Theil angenommen oder ausgeklagt hatte, nach der epistola fand dagegen diese Beschränkung nicht mehr Statt. Es versteht sich jedoch von selbst, dass diese Veränderung nur da eintrat, wo es in Folge der epistola zur Theilung kommen konnte, und nicht allgemein, nicht auch bei reis promittendi, welchen das beneficium damals gar nicht zustand.“ Cfr. Hering. c. XXVII. P. II. n. 24, qui vero legis 51. §. 1. nullam habet rationem.

¹⁰⁾ Hic igitur idem efficitur ac lege Furia in plurium sponso- rum aut fide- promissorum personis.

rei naturam et propter leges ipsas existimat¹¹⁾. Omnes quidem has leges de ea tantum actionis divisione, quae exceptione epistolae D. Hadriani opposita fiat, intelligendas esse ipse concedit, sed actionis divisionem, sive exceptionis ope petita sive ultro a creditore facta sit, id non semper efficere necesse esse arbitratur¹²⁾. Quod vero jus constitutione illa 28, quae de unius fidejussoris electione loquatur, non mutari neminem certe negaturum esse.

III. Insequenti denique parte Weningius qualem effectum esse auxilii divisionis putet, docet. Argumenta autem, quibus sententiam suam, unam plurium confidejussorum in solidum obligationem exceptione divisionis ab uno eorum opposita atque actione divisa in tot obligationes pro parte, quot numero sint (essent) fidejussores litis contestationis tempore idonei, dividi probat, tum interna tum externa quasi sunt. Primum enim et aequitate principii, unde et lex Furia de sponsu et epistola D. Hadriani profectae sint, tum ipse beneficii nostri natura, quo fidejussorum commodum augeatur, sententiam suam quasi effici docere conatur: deinde etiam pluribus legibus eam satis firmam tradit. Namque, ut jam supra memoravimus, Weningius e Gaji verbis: „Eo igitur distat“ etc. beneficium epistola D. Hadriani introductum, mutatis quidem conditionibus, idem ac legem Furiam efficere concludit¹³⁾. Quum vero sententiam suam tali argumento nonnisi verisimilem reddi non ignoret¹⁴⁾, aliud addit argumentum, quod ipse firmissimum habet. Quum enim — inquit — electione unius e pluribus fidejussoribus ceteri fidejussores (vel rei promittendi) liberentur, actione divisa omnes

¹¹⁾ l. 51. §. 4; l. 52. §. 1. D. h. t.; l. 16. C. cod. Alia sententia est Ronchegall. ad l. 3. §. 1. D. h. t. n. 40 i. f. et n. 41.

¹²⁾ p. 405 init.: „Trägt der Creditor das onus, wenn der Belangte die Theilung forderte, und hinterher eine Insolvenz sich ergiebt, wie sollte ihm daraus ein Vortheil erwachsen, dass er sofort selbst auf Theilung andringt, wie sollte er damit den Schuldner den wichtigen und bedeutsamen Effect ihrer Wohlthat entziehen können?“ Cfr. Girtanner p. 100: „Bei einer actio certa — in Betracht kam.“ Hoc vero Weningii argumento in gyrum quasi ducimur, utraque enim re mutuo utitur argumento.

¹³⁾ Cfr. p. 406: „Die Uebereinstimmung dagegen kann man ganz allein in dem Umstande finden, dass sobald die Theilung geschehen ist, vollständig die gleiche Wirkung eintritt, folglich sofort keiner weiter über seinen Antheil haftet, vielmehr jeder in Ansehung des Restes ganz liberirt wird.“

¹⁴⁾ p. 405: „Dieser Beweis für die Ansicht, dass —, welchem wenigstens hohe innere Wahrscheinlichkeit kaum abgesprochen werden dürfte, wird ferner durch die Vorschrift des alten bis auf Justinian geltenden Rechtes über die Liberation der Bürgen und rei promittendi vermittelt der Electio des einen von ihnen auf das kräftigste unterstützt.“

simul amplius teneri? Imo vero tantum abesse, ut vetus illud juris principium sublatum sit, ut de novo quodam epistolae jure unius electione ceteri liberentur, sed divisione facta etiam ii, qui jam liberati sint, denuo quasi in partes viriles obligentur¹⁵⁾. Tum vero Weningius et utilitatis et aequitatis ratione habita singulos pro partibus tantum virilibus, actione semel divisa, teneri etiam necesse esse arbitrat. Nam quum epistola D. Hadriani id agatur, ut plures confidejussores adjuventur, ne auxilium iis, nimis difficultatibus oblatis, molestum et grave reddatur, cavendum esse. Atqui quum singuli, utrum solvendo sint necne, excutiantur, et partes eorum, qui litis contestationis tempore solvendo non sint, ceteros onerent, jam satis molestiae iis afferri. Utique eos, qui ipsi conventi non sint, graviore tunc uti conditione, quam antea epistola illa Hadriani non scripta. Praeterea si fidejussores, actione divisa, teneri pergerent, quum multas exceptiones creditori in residuum agenti opponere possent, saepissime eandem rem in controversiam deduci posse¹⁶⁾. Quae quum ita sint Weningius suam sententiam non solum ad juris principium magis respondere, sed etiam et utilissimam et in ipsa beneficii divisionis natura positam esse existimat. Tum vero etiam pluribus juris romani legibus hanc sententiam probari¹⁷⁾. Contra quas Novellam 99, si de beneficio divisionis eam loqui censeamus, aliquam dubitationem hic afferre posse non ignorat¹⁸⁾. At verbum hujus Novellae „interim“, quod Weningii sen-

¹⁵⁾ p. 407: „Wenden wir das Princip, welches dem alten strengen Rechte zum Grunde liegt, da consequent an, wo eine Theilung eintreten soll, so muss nothwendig die Umwandlung in eine obligatio pro parte sich ergeben, da keiner mehr, sobald die Belangung Statt fand, nach jenem Grundsatz haftete, und erst die ausgesprochene Theilung ihn gleichsam neuerdings zum Schuldner, aber nur für den bestimmten, ihm aufgelasteten Theil macht.“

¹⁶⁾ p. 408 f. v. „Oder sollten nach der Theilung die übrigen, wenn der Gläubiger sie auf das Ratum eines Andern inzwischen insolvent gewordenen belangt, nicht mit der Einwendung gehört werden, die Insolvenz sei durch Verschulden des Creditors, in Folge seiner Verzögerung, nur ihm nachtheilig, ein früher insolventer jetzt wiederum zahlungsfähig geworden?“ etc. Contra v. p. 413. 3).

¹⁷⁾ l. 51. §. 4; l. 52. §. 1 D. h. t.; l. 16. C. h. t.; §. 4. J. III, 20; Theophil. Paraphr. ad §. 4. J. cit.; l. 26. D. h. t.; Paul. Rec. Sent. I, 20; l. 3 i. f. C. h. t., qui duo loci de obligationis ipsius divisione loquuntur. Cfr. p. 410. i. m.: „Und was will man nun diesem bestimmten Ausspruche entgegensetzen, um ihn zu entkräften, oder auch nur zu schwächen?“

¹⁸⁾ Legem 23. C. h. t. quam Glossa legi 51. §. 4. D. obstantem allegat, quum de ratione, qua rei principales et mandatores inter se utuntur, loquatur, huc omnino non pertinere, docet.

tentiae maxime obstare videtur, ita interpretatur, ut ad ipsum actorem, qui, si exceptio divisionis ab uno valide opponi possit, solidum ab uno impetrare nequeat, spectet. Quum vero creditor idoneos tantum fidejussores conveniat, nullum damnum eum sentire, rectissime in extrema Novellae parte dici. Sed eum casum, si is, qui litis contestationis tempore idoneus fuerit, postea ad inopiam pervenerit, Justinianum hac Novella omnino non attigisse. At quum constitutione 28. C. cit. vetus unius debitoris electionis effectus deletus sit, ita ut „maneat jus integrum, donec solidum ei (creditori) persolvatur“, ea constitutione et beneficii nostri effectum mutatum esse, verisimillimum esse videtur. Et Weningius ipse hanc sententiam, quum legislatoris loco rem consideremus, et ad rationem constantem et ad utilitatem prorsus respondere et suae hac de re sententiae praeferendam esse non negat. Nihilominus eam refellendam esse propter quatuor causas arbitratur ¹⁹⁾. Totius igitur Weningii disputationis finis et summa hisce verbis continetur: „Nach dem gemeinen Rechte, wie dasselbe jetzt noch gilt, muss man daher unbedingt folgenden Satz aufstellen: Durch die Theilung wird die solidarische Verbindlichkeit in eine obligatio pro rata verwandelt, jene also aufgehoben, und damit bewirkt, dass die Befreiung in

¹⁹⁾ p. 413: „1) Schon oben wurde darauf aufmerksam gemacht, dass es in der Natur des beneficii divisionis nach seiner historischen Entwicklung, wie nach seiner zweckmässigen Anwendung liege, die Wirkung nicht bloss in einer temporären, sondern vielmehr in einer gänzlichen Liberation zu suchen. Man müsste folglich 2) eine Aufhebung des beneficii divisionis selbst durch das neue Gesetz annehmen, welche gewiss Niemand behaupten möchte. 3) Jener Schritt der Fortbildung, den Justinian in der l. 28. gethan hat, indem er die Wirkung der blossen Electio aufhob, ist noch gar weit von dem anderen entfernt, welchem zu Folge auch die Theilung der Mitschuldner gegen die Nachforderung nicht sicher stellen soll. Der Nachtheil, den der Creditor im ersten Falle zu befürchten hatte, ist offenbar grösser und öfter vorhanden, als ein Verlust, welcher ihn im zweiten Falle bedroht. Gewiss nur höchst selten möchte es sich ereignen, dass nach einer sorgfältigen Untersuchung über die Solvenz, wenn die Theilung erfolgt, dem Gläubiger volle Befriedigung entzogen wird, und man kann diese Anordnung gar nicht mit der Strenge des alten Rechtes vergleichen, nach welcher schon durch die blosse Election des Einen die Verbindlichkeit des Anderen erlosch. Da endlich 4) die oben angeführten Stellen über die Wirkung des beneficii divisionis völlig unverändert in die justinianeische Compilation aufgenommen wurden, und dieselben klar und deutlich jenen Ausspruch enthalten, den wir als Rechtssatz annehmen, so würde es den unbestrittensten Regeln der Auslegung widersprechen, aus dem Geiste des Gesetzes, welches sichtbar eine ganz andere Frage entscheidet, argumentiren, und die Aufhebung der ältern Bestimmung beweisen zu wollen.“ — Cfr. Girtanner p. 458. 460.

Ansehung des Restes nicht bloss eine temporäre und provisorische, sondern eine bleibende ist, folglich der Creditor den Nachtheil davon hat, wenn nach der Theilung ein Debitor insolvent geworden.“

§. 9. Argumenta, quibus Weningius l. l. usus est, examinantur.

Ita igitur disputationis Weningianae cursu exposito in argumenta, quibus usus est, utrum vera ac valida sint, inquirere debemus. Quod autem ad primum attinet argumentum, quo sententia, actione semel divisa in suam quemque partem, non in solidum teneri, probatur, id omnem de auxilii divisionis effectum dubitationem auferre ne Weningius quidem ipse putat. Nam si Gaji verba „eo igitur distat“ etc. strictissime interpretamur, et in ceteris conditionibus — id quod nemo certe docebit, — legis Furiae beneficium et epistolae exceptionem consentire dicere cogimur. Deinde vero, quum epistola ipsa beneficii fidejussoribus concessi effectum ne attigisse quidem videatur, quin Gajus eodem effectum utrumque beneficium fuisse putaverit, jure dubitare possumus, praesertim quum notioni verbi „distat“ non tantum verbum „consentire“, sed etiam verba „simile esse“ opponi possint. Gajus enim l. l. dicere poterat, quamquam alias beneficium epistolae auxilio legis Furiae dissimile non sit, eo tamen ea distare, etc. Ambo vero beneficia, quibus aut sponsorum aut fidejussorum conditio sublevetur, similia certe sunt. Sed ideo, quod in ipsa epistola de beneficii divisionis effectum actum non erat, ut commune jus de plurium ejusdem obligationis debitorum electione hic quoque locum haberet, Hadriani consilium fuisse negari vixdum nequit. Ita igitur duae illae priores disputationis Weningianae partes, quarum exitum ²⁰⁾ quidem probamus, huc pertinent ²¹⁾. De communi vero illo jure — ut Weningius satis acute docuit — si creditor unum plurium debitorum aut in partem aut in solidum petierat, ceteri liberabantur: sin autem creditor omnes simul in partes viriles petierat, pro sua quisque parte, non in solidum tenebatur. Quid vero? si actio fidejussoria, exceptione divisionis ab eo, qui in solidum conventus est, opposita, inter omnes, qui tempore L. C. solvendo sunt (erant) divisa est, idem hic efficitur, ac si creditor ipse omnes simul in partes tantum convenit? Weningius quidem idem semper actione vel exceptionis ope vel ultro a creditore divisa effici pu-

²⁰⁾ Sed ne argumenta quidem, quibus ibi utitur, paucis rebus, quas supra notavimus, exceptis, displicent.

²¹⁾ „Oder wie liesse es sich denken, dass die Electio gänzliche Befreiung veranlasste, die divisio dagegen nicht?“

tat²²⁾. At si creditor ipse aut fidejussores non idoneos convenit, aut inter eos, qui non ita multo post litis contestationem ante pecuniae solutionem idonei esse desierunt, actionem divisit, quod detrimento afficitur, sua ipsius erat culpa: atqui „quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire“²³⁾. Creditorem vero, qui, quominus exceptio divisionis sibi opponatur, impedire non potest, damno affici Imperator Hadrianus certe nolebat²⁴⁾. At si creditor, utrum fidejussores satis idonei sint, diligenter exploraverit, rarissime tantum accidet, ut post actionis divisionem aliqui idonei esse desinant, nec plerumque actionis divisio incommodo ei erit²⁵⁾. Verum tamen ut nostra hujus quaestionis solutio cum Weningii hac de re sententia congruat, eo maxime efficitur, quod in legibus Romanis duo illi actionis divisae casus non disjunguntur; cujus distinctionis occasio in l. 51. §. 2. certe data erat. — Nunc autem Weningii argumentum e beneficii divisionis ratione quasi haustum examinandum est; sed, quae nostra est sententia, reprehendi debet. Quale autem illud argumentum sit, quum jam supra dixerimus, hic nihil nisi Weningium beneficii divisionis rationem non satis intellexisse docendum nobis erit. Weningius enim, quum epistola D. Hadriani fidejussoribus, non ipsi creditori consultum esse arbitretur, errare videtur²⁶⁾. Nam creditorem haud minoribus incommodis exceptione sibi opposita affici, prorsus omittit. Ante epistolam autem D. Hadriani creditor ab eo fidejussorum, quem maxime idoneum habebat, una actione solidum consequi poterat; sed exceptione divisionis sibi opposita non sine magno temporis detrimento pluribus actionibus a singulis partes viriles petere debet. Si vero post litis contestationem aliqui solvendo esse desinunt, solidum nullo modo consequitur. Itaque ut fidejussores partibus eorum, qui litis contestationis tempore solvendo non existunt, onerantur, ita creditor, si post litis con-

²²⁾ p. 402: „Ob übrigens die divisio auf dem Wege der exceptio herbeigeführt werde, oder factisch dadurch veranlasst, dass der Eine theilweise Zahlung leistete, oder der Creditor ihn auf einen Theil ausklagte, das kann in dem Verhältnisse der übrigen und der Fortdauer ihrer Verbindlichkeit keinen Unterschied begründen.“ Cfr. Ronchegall. ad l. 3. §. 1. i. f. D. de duobus reis (XLV, 2.) n. 52. i. f.: „Quare idem est“ etc.

²³⁾ l. 203. D. L., 17. cfr. Donell. T. IV. p. 563.

²⁴⁾ Eo enim epistola a lege Furia maxime discrepat, ut haec sponsorum commodum incommodo creditoris augeat, epistola vero et fidejussores adjuvare nec creditori nocere velit. Cfr. supra.

²⁵⁾ Cfr. Wening p. 413. 3).

²⁶⁾ Hac de re jam supra, ubi Hadrianum beneficium divisionis ex aequitate fidejussoribus dedisse docuimus, egimus.

testationem aliqui idonei non sunt, detrimentum capit. Quod vero Weningius eorum res, qui ipsi a creditore non conveniuntur, ante epistolam meliore loco fuisse putat: commodum eorum neque aequum neque justum esse veteres Jcti et Hadrianus ipse putabant. Quibus de causis beneficium epistolae D. Hadriani, etiamsi fidejussores nonnisi „interim“ partes viriles solvere censeremus, „tam miserabile“ esse negamus. Ad extremum Weningius litem, si fidejussores auxilio divisionis usos in partes tantum viriles teneri negetur, semel aut saepius renovari necesse esse dicit, multisque argumentis probat. At p. 413. 3.) idem hoc negat, et id recte. Si enim actio inter eos tantum, qui litis contestationis tempore revera idonei sunt, divisa est, nonnisi rarissime accidet, ut post litis contestationem nonnullae partes solvi nequeant. Plerumque autem creditor sua culpa tale detrimentum sibi contrahit ²⁷⁾).

Sed ut omnis dubitatio de beneficii divisionis effectu auferatur, Weningius octo allegat leges, quibus, si quis e fidejussoribus ante litis contestationem solvendo non sit, hoc ceteros onerare, si post illud tempus evenierit, ut unus deficiat, hujus egestatem creditori, non autem fidejussoribus damnum adaugere nobis haud ambiguis dicitur. Quibus legibus aliae quidem, in quibus contrarium jus scriptum videatur, opponuntur, sed revera eas non obstare Weningius ipse docere conatus est. Lex enim 23. C. VIII, 41, quum de beneficio divisionis omnino non loquatur, huc non pertinet. Sed ne Novellam quidem 99. aliam sequi sententiam, vocem „interim“ interpretatus ostendit. At, etiamsi hanc Weningii interpretationem refutamus, illam Novellam, quum non de beneficio divisionis, sed de beneficio excussionis agat, sententiae, exceptionem nostram esse peremptoriam, obstare negare certe licet. Quod denique ad c. 28. C. h. t. attinet, ne ea quidem nostram sententiam de exceptionis divisionis effectu quasi frangi Weningius haud inepte docuit.

§. 10. Obligationis fidejussoriae divisionem lite cum omnibus fidejussoribus contestata effici negatur.

Argumentis igitur, quibus Weningius suam de beneficii divisionis effectu sententiam probare studet, et enarratis et recensitis ejus argumentationem, quum litis contestationis effectus et effectus ipsius exceptionis parum acute secernantur, non satis idoneam esse censemus.

²⁷⁾ Girtanner p. 459. i. f.: „Benutzte der Gläubiger diesen Zeitpunkt, wo er zu seiner Befriedigung gelangen konnte, nicht, so hatte er sich selbst den Schaden zuzuschreiben.“

Qua vero ratione ad illam quaestionem, utrum obligationis divisio fiat lite cum omnibus fidejussoribus contestata an exceptione opposita, respondeamus, quum, si obligationem fidejussoriam nonnisi lite cum omnibus contestata ita, ut a singulis partes tantum viriles peti possint, esse divisam constaret, de nostra quoque exceptione litis contestationis vis, quam vocant „processualische Consumtion“, constitutione illa Justiniani (v. l. 28. C. VIII, 41.) esset sublata, maxime esse momenti nemo negabit. Quibus igitur de causis exceptionem divisionis esse dilatoriam censeant, quaeremus. Rationes autem, quibus commoti hanc sententiam alteri praeferunt, nullae nisi hae esse poterunt. Omnes — inquit — veteres Jurisconsultos, quorum de effectu beneficii divisionis sententiae in libris illis Justinianis inveniantur, litis tantum contestatione, ut partes eorum, qui postea solvendo esse desinant, creditori sint detrimento, effici dixisse. Tum vero sententiam, jam exceptionis vi obligationem fidejussoriam dividi, internis rationibus munitam non esse. Fructum denique, quum epistolae D. Hadriani exceptio cum beneficio Novellae 99., si illud ponatur, congruat, ex ea sententia quasi capi.

De fragmentis igitur illis e veterum Jureconsultorum libris delibatis (cfr. supra p. 33. n. 17.) primum nobis erit disserendum. Quinque autem causae, de quibus in illis agi potest, discernendae sunt.

1. Creditori, qui ab uno plurium confidejssorum, quibus beneficium epistolae revera competit, solidum petit, exceptio divisionis omnino non opponitur.

2. Creditor ipse actione inter confidejssores ultro divisa in suam quemque partem convenit.

3. Creditor unum quidem fidejssorem in solidum convenit, sed exceptione divisionis sibi opposita a singulis partes tantum viriles petere cogitur.

4. Creditor ipse quidem actionem inter fidejssores dividit, sed ab uno tantum partem petit.

5. Creditor, actione sua exceptionis ope divisa, ab uno tantum partem petit ceterosque fidejssores convenire omittit.

Quas causas in tres quasi classes distribuere possumus. Nam quum nihil fere — ut jam Weningius docuit — intersit, utrum creditor sua sponte actionem inter fidejssores diviserit an divisionis exceptione coactus, et causam 2. cum causa 3. et causam 4. cum causa 5. conjungere nobis licebit. Sed prima illa causa, quae tertia est classis, quum de actionis divisione omnino non loquatur, prorsus nobis negligenda est. In reliquis autem causis fac unum vel plures post litem aut

cum omnibus fidejussoribus aut cum uno tantum contestatam solvendo esse desinere. Quodsi nunc, quibus de causis veteres illi Jureconsulti loquantur, quaerimus, nonnisi quinque locis de singulari quadam causa expressis verbis agi, aliis vero, ratione singularis cujusquam causae habita nulla, obligationem exceptione divisionis dividi dictum esse, non ignorabimus. In paragrapho enim 4. J. III, 20. „si a fidejussore creditor totum consecutus fuerit, ejus solius detrimentum esse, si is, pro²⁸⁾ quo fidejusserit, solvendo non sit“, scriptum est. Huic igitur causae idem ac causae, quam supra sub numero 1. descripsimus, accidere debebit. Deinde duo Digestorum fragmenta, l. 51. §. 4, l. 52. §. 1. D. de fidejussoribus, quorum auctor Papinianus est, et una Imperatoris Gordiani constitutio (l. 16. C. VIII, 41.) de ea causa, ubi actione inter fidejussores divisa seu lite adversus omnes contestata quidam solvendo esse desierint, loquuntur. At quod hac in causa partes eorum, qui post litis contestationem solvendo esse desierunt, creditori, non confidejussoribus detrimento esse dicitur, quum actio lite cum omnibus in partes contestata quasi consumpta sit, nemo certe mirabitur. Etiam si igitur illos locos, qui de causa, ubi singulos fidejussores a ceterorum partibus solvendis si non exceptionis vi at saltem litis contestationis effectum liberari necesse est, loquuntur, de litis contestationis effectum intelligere possumus, non est, cur iis ad sententiam, exceptionem nostram esse dilatoriam, probandam commoveamur; imo nostram quaestionem hujusmodi argumentis in neutram partem solvi censemus. Idem autem de l. 26. D. h. t., quo adversarii „argumento a contrario“ uti possunt, erit dicendum. Tum vero duo allegantur loci, ubi epistolae beneficio inter fidejussores obligationem dividi dicitur. Quam sententiam, quum singularem causam non ponant, ad omnes causas pertinere jure dicere poterimus. Severus enim et Antoninus, singulos fidejussores in solidum quidem semper teneri, sed ubi sint omnes idonei, in portionem obligationem dividi Maximo rescribunt (v. l. 3. C. VIII, 41.). Quam constitutionem, etiam si de causa, ubi creditor adversus duos fidejussores simul experitur, loquitur, de litis contestationis effectum esse intelligendam negamus. Verbis enim extremis communis de fidejussoribus conveniendis ratio continetur. De obligationis autem divisione loquitur etiam Paulus R. S. I, 20. in hunc

²⁸⁾ Utrum vero rectius legatur „pro“ an „cum“, jure dubitandum nobis videtur. Nam quum except. divis. inter fidejussorem et reum principalem i. e. eum, pro quo fidejussit, nullo modo locum habere possit, fidejussor ne hic quidem contra eum, pro quo fidejussit, „ex epistola D. Hadriani adjuvari“ poterat.

modum: „Inter fidejussores ex edicto praetoris, si solvendo sint, licet singuli in solidum teneantur, obligatio dividetur.“ Theophilum denique (Paraphr. ad §. 4. J. III, 20.) exceptionem divisionis esse peremptoriam dicere ne adversarii quidem negare poterunt. Sed quum hujus Antecessoris de vetere jure sententia interdum a vero abhorreat, ejus testimonio nunc quidem aliquantum ponderis non afferemus.

Quae quum ita sint, ex inquisitione nostra in argumenta, quae in illis locis pro utraque de beneficii divisionis effectum sententia laudatis insint, iis neque exceptionem esse dilatoriam neque peremptoriam probari apparebit. Utra igitur sententia aliis nec non gravibus argumentis firmari poterit, ea certe alteri erit praeferenda. Tum enim illas leges partim fortuito tantum de litis contestationis effectum intelligi posse ²⁹⁾ nostraeque sententiae non obstare partim contrariam de hujus beneficii effectum opinionem prorsus refellere non ignorabimus. Prius autem quam nosmetipsi causas, quibus commoti exceptionem divisionis esse peremptoriam censemus, exponamus, quibus rationibus adversarii nostri suam hac de re sententiam munire possint, videbimus.

Suam autem hac de re opinionem defendentes, „ut exceptione divisionis“ — inquiunt — „plures fidejussores in solidum teneri desinerent, Hadrianum constituere certe noluisse.“ At nos quidem, cur a verisimilitudine hoc abhorreat, non intelligimus. Nam quum obligatio sponsorum et fidepromissorum, qui aequae ac plures fidejussores singuli in solidum tenebantur, lege illa Furia ipso jure, ut supra memoravimus, divideretur, ita ut rationi sponsionis et fidepromissionis directa obstaret usus: Hadrianum suo beneficio fidejussores ita adjuvare, ut exceptione juste creditori opposita ipsa obligatio inter eos quidem fidejussores, qui tempore litis contestationis solvendo essent, revera divideretur, cogitasse proxime quidem ad verum accedere videtur. Tali enim ratione neque commodum fidejussorum nimis augeri neque creditores iniquis incommodis affici supra jam diximus (cfr. supra §. 4. p. 10 sq.). Quod vero creditori, qui alterum fidejussorem exempli gratia molliore quodam animo ductus lite cum altero in partem contestata in virilem portionem convenire omiserit, si ille post litem cum altero contestatam solvendo esse desierit, hoc damnum ferendum esse negant: non est, quod creditor damnum, quod sibi ipse aliqua ratione commotus contraxit, pati non debeat. Sed nihil esset iniquius, quam ut alter duorum

²⁹⁾ Cur vero illi loci de una eademque causa, ubi omnes fidejussores a creditore revera conveniuntur, loquuntur? Respondemus: quia semper fere creditor ab omnibus viriles partes petiverit.

fidejussorum, qui exceptione divisionis recte usus suam partem justo tempore solverit, tam diu in residuum teneretur, dum creditor aut ab altero alteram partem revera petiisset aut ad fidejussorem prius conventum rediisset et ab hoc residuum quoque accepisset. Tum enim per triginta annos, utrum creditori aliquid deberet necne, fidejussor scire non poterat. Si vero aut creditori aut fidejussori damnum est afferendum, hic certe magis, quam pro alio obligatus sit, quam ille erit adjuvandus. Ita igitur exceptionem divisionis esse peremptoriam ab aequitate non recedere nos probasse speramus.

At fortasse quispiam alia et graviora desiderat argumenta, quibus fidejussorum in solidum obligationem exceptione illa divisionis in singulas obligationes pro partibus dividi doceatur. Verbis illis Gajanis, „ex eo igitur distat“ etc. argumento nos uti non posse, sed iis sententiam jam probatam nonnisi firmari posse supra jam diximus. Sed in l. 3. C. VIII, 41. obligationem fidejussorum, etiamsi expressis verbis sese in solidum obligavissent, exceptione nostra dividi quam manifestissime dicitur. Obstatne autem nostrae de exceptionis divisionis effectui sententiae lex illa 51. §. 1. D. h. t. ? At minime gentium obstat. Ibi enim fidejussor ultro, lite a creditore omnino non contestata, partem pecuniae solvit; creditor autem summo cum jure a singulis fidejussoribus, qui tempore litis contestationis solvendo sunt, partem pecuniae, quae litis contestationis tempore ei debetur, petere potest. Quid vero ad argumentum, quod in Basil. XXXI, III. §. 3. invenitur, refellendum respondebitis? Ibi enim ita scriptum est: „*Ἡ Ἀδριανοῦ ἐπιστολὴ ἢ βουλευμένη, μὴ ἓνα ἕκαστον ἐγγυητὴν εἰς ὁλόκληρον εὐθύνεσθαι, ἀλλὰ πάντας τοὺς εὐπόρους πρὸς τὸ ἀναλογεῖν*“ („Hadriani epistola, quae vult, ne singuli fidejussores in solidum teneantur, sed pro competente parte omnes, qui solvendo sunt“, etc. Vulg.). Manifestissime igitur Hadrianum ipsum, singulos fidejussores non in solidum teneri, sed exceptione epistolae usos partes tantum viriles debere voluisse dicitur. At hoc testimonium, quum in Basilicis reperiatur, non multum auctoritatis habere facile quispiam opponat. Sed nisi adversarii nostri exceptionem divisionis esse dilatoriam gravioribus argumentis probaverint, fide illud testimonium erit dignissimum. Nunc autem etiam verbis illis Gajanis una cum Weningio argumento uti possumus. Quin igitur loci illi vel Digestorum vel Codicis de litis contestationis effectui intelligi non debeant, sed complures eorum de causa, ubi singuli fidejussores jam litis contestatione a reliquorum partibus solvendis liberantur, agant, non dubitamus.

Tum vero exceptionem divisionis dilatoriam esse putant, quia tali ratione unum solum beneficium in epistola D. Hadriani et in Novella 99. insit. Qua vero re, quum nihil esset nisi commodum, tum demum argumento pro ista sententia uti poterant, si nostra hac de re sententia nulla ratione neque ulla lege esset firmata. Sed etiamsi exceptionem quoque ex epistola D. Hadriani natam esse dilatoriam putaremus, omnia inter dua illa beneficia discrimina sublata non essent. Qua autem de re vid. v. Schroeter in Zeitschrift f. Civilrecht u. Process. Bd. VI, p. 440 sqq. et cfr. infra, ubi de Novella 99. disseremus.

Quae quum ita sint, obligationem fidejussorum, etiamsi singuli ipso jure in solidum tenentur, exceptione divisionis recte opposita ita inter omnes, qui litis contestationis tempore solvendo sunt, dividi, ut pro sua quisque parte teneatur, persuasum nobis est. Nunc autem argumenta, quibus Girtannerus l. l. p. 439 sq. obligationis divisionem non lite cum omnibus fidejussoribus contestata, sed ipsa exceptionis divisionis natura effici probat, enarrare nobis liceat. Illud autem putare — inquit — nobis non licere, quia ille litis contestationis effectus, si creditori detrimento fuisset, evitari potuisset. Nam si fidejussor a creditore in solidum conventus reliquos esse idoneos probando a cavendo, ne creditor aliquo postea solvendo esse desinente ullum damnum caperet, liberatus non esset, quominus litis contestatio creditori noceret, satis fuisse impeditum. Praeterea autem creditorem, toto divisionis beneficio litis contestationis effectui repugnante, maxime in actione incerta, quam semper in solidum institui oporteat, aliquo praesidio, quo, ut post litis contestationem nonnullis solvendo esse desinentibus damnum non caperet, efficeretur, defensum fuisse videri. Sed neglectis his rebus obligationem ipsam exceptione divisionis in complures obligationes revera dividi Jureconsultos Romanos passos esse. Damnum vero, quo creditor post litis contestationem affici possit, quum exceptio divisionis nonnisi in fidejussorum, qui litis contestationis tempore sint idonei, personis locum habeat, valde minui. Itaque exceptionis nostrae effectum fortuito tantum nonnunquam — lite sc. cum omnibus ejusmodi fidejussoribus contestata — cum litis contestationis effectum congruere ³⁰⁾. Constitutione igitur illa Justiniani (l. 28. C. VIII, 41.) effectum nostrae exceptionis omnino non attingi. Sin autem Justinia-

³⁰⁾ Girtanner p. 460: „Die Processconsumtion war mithin wohl der Anstoss, aber nicht das juristische Princip für die Gestalt, welche man dem auxilium divisionis gab.“

nus exceptionis divisionis effectum illa constitutione mutavisset, non esse, cur in libros suos de Jure compositos tot fragmenta e libris veterum Jureconsultorum delibata, quibus post litis contestationem obligationem revera inter fidejussores esse divisam dicatur, receperit. — Quid vero contra haec argumenta dici possit, nescimus, nisi quispiam ad extremum illud argumentum refellendum alias quoque antiqui juris testimonia in „Corpore Juris“ inveniri opponat. At quum nostra illarum legum interpretatione l. 5. et 16. C. cit. ac reliqua Digestorum fragmenta cum l. illa 28. C. cit. non pugnent, illa fragmenta ad historiam quasi exceptionis divisionis effectus enarrandam in „Corpus Juris“ esse recepta, negamus ³¹⁾).

Hisce igitur rationibus maxime commoti sententiam, quam Wenningius de beneficii divisionis effectu probare studuit, sequi non dubitamus.

³¹⁾ Argumentum denique, quo Heimbach in Weiske Rechtslexicon s. v. „beneficium divisionis“ T. II. p. 895. exceptionem nostram peremptoriam esse probari sine ulla dubitatione putat, allegare debemus. „Endlich wird diese Meinung auch durch die allgemeinen Regeln des römischen Processes ausser allen Zweifel gesetzt. Es ist nämlich gewiss, dass Einreden, zu denen doch das auxilium divisionis unfehlbar gehört, wenn sie einmal vorgeschützt und bewiesen worden sind, die Klage für alle Zeiten ausschliessen.“ Novum pro-
fecto argumentum!

omnes fore velores JCI, qui hujus exceptionis D. Hadrianus epistola in-
troductae mentionem faciunt, vel maxime fidejussoribus eam competere
hanc ambigere dicunt ¹⁾. Quum vero plures fidejussorum species distin-
guantur ²⁾, utrum ad omnes fidejussores, nulla talis divisionis habilitas
ratione, epistola spectaverit, jure certe quaeritur. At, quae nostra
quidem est sententia, epistola ipsa de fidejussoribus universis locuta est.
Ex quo enim illo loco, ubi Ulpianus et in fidejussoris fidejussore eas,
quae sint a D. Hadriano constituta, locum habere dicit, non ipsam epi-
stolam ei beneficium divisionis dedisse, sed JCIos eam hoc auxilio ad-
juvandum esse censuisse quam apertissime patet ³⁾. Ad tempus igitur
in fidejussorum personis exceptionem divisionis locum habere dixisse
p. 337. Heinemann I. I. p. 358. v. Vangerow III. 2. 20.
1) Cf. Gaj. III. 121. 122; §. 1. III. 20; Ulpian. I. I. §. 1. II. 1.
2) Cf. Gaj. I. 26. D. XLVI. 1; Papinian. I. 51. §. 1. D. de mod. testi-
fic. I. 3. C. IV. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 75. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 87. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100. 101. 102. 103. 104. 105. 106. 107. 108. 109. 110. 111. 112. 113. 114. 115. 116. 117. 118. 119. 120. 121. 122. 123. 124. 125. 126. 127. 128. 129. 130. 131. 132. 133. 134. 135. 136. 137. 138. 139. 140. 141. 142. 143. 144. 145. 146. 147. 148. 149. 150. 151. 152. 153. 154. 155. 156. 157. 158. 159. 160. 161. 162. 163. 164. 165. 166. 167. 168. 169. 170. 171. 172. 173. 174. 175. 176. 177. 178. 179. 180. 181. 182. 183. 184. 185. 186. 187. 188. 189. 190. 191. 192. 193. 194. 195. 196. 197. 198. 199. 200. 201. 202. 203. 204. 205. 206. 207. 208. 209. 210. 211. 212. 213. 214. 215. 216. 217. 218. 219. 220. 221. 222. 223. 224. 225. 226. 227. 228. 229. 230. 231. 232. 233. 234. 235. 236. 237. 238. 239. 240. 241. 242. 243. 244. 245. 246. 247. 248. 249. 250. 251. 252. 253. 254. 255. 256. 257. 258. 259. 260. 261. 262. 263. 264. 265. 266. 267. 268. 269. 270. 271. 272. 273. 274. 275. 276. 277. 278. 279. 280. 281. 282. 283. 284. 285. 286. 287. 288. 289. 290. 291. 292. 293. 294. 295. 296. 297. 298. 299. 300. 301. 302. 303. 304. 305. 306. 307. 308. 309. 310. 311. 312. 313. 314. 315. 316. 317. 318. 319. 320. 321. 322. 323. 324. 325. 326. 327. 328. 329. 330. 331. 332. 333. 334. 335. 336. 337. 338. 339. 340. 341. 342. 343. 344. 345. 346. 347. 348. 349. 350. 351. 352. 353. 354. 355. 356. 357. 358. 359. 360. 361. 362. 363. 364. 365. 366. 367. 368. 369. 370. 371. 372. 373. 374. 375. 376. 377. 378. 379. 380. 381. 382. 383. 384. 385. 386. 387. 388. 389. 390. 391. 392. 393. 394. 395. 396. 397. 398. 399. 400. 401. 402. 403. 404. 405. 406. 407. 408. 409. 410. 411. 412. 413. 414. 415. 416. 417. 418. 419. 420. 421. 422. 423. 424. 425. 426. 427. 428. 429. 430. 431. 432. 433. 434. 435. 436. 437. 438. 439. 440. 441. 442. 443. 444. 445. 446. 447. 448. 449. 450. 451. 452. 453. 454. 455. 456. 457. 458. 459. 460. 461. 462. 463. 464. 465. 466. 467. 468. 469. 470. 471. 472. 473. 474. 475. 476. 477. 478. 479. 480. 481. 482. 483. 484. 485. 486. 487. 488. 489. 490. 491. 492. 493. 494. 495. 496. 497. 498. 499. 500. 501. 502. 503. 504. 505. 506. 507. 508. 509. 510. 511. 512. 513. 514. 515. 516. 517. 518. 519. 520. 521. 522. 523. 524. 525. 526. 527. 528. 529. 530. 531. 532. 533. 534. 535. 536. 537. 538. 539. 540. 541. 542. 543. 544. 545. 546. 547. 548. 549. 550. 551. 552. 553. 554. 555. 556. 557. 558. 559. 560. 561. 562. 563. 564. 565. 566. 567. 568. 569. 570. 571. 572. 573. 574. 575. 576. 577. 578. 579. 580. 581. 582. 583. 584. 585. 586. 587. 588. 589. 590. 591. 592. 593. 594. 595. 596. 597. 598. 599. 600. 601. 602. 603. 604. 605. 606. 607. 608. 609. 610. 611. 612. 613. 614. 615. 616. 617. 618. 619. 620. 621. 622. 623. 624. 625. 626. 627. 628. 629. 630. 631. 632. 633. 634. 635. 636. 637. 638. 639. 640. 641. 642. 643. 644. 645. 646. 647. 648. 649. 650. 651. 652. 653. 654. 655. 656. 657. 658. 659. 660. 661. 662. 663. 664. 665. 666. 667. 668. 669. 670. 671. 672. 673. 674. 675. 676. 677. 678. 679. 680. 681. 682. 683. 684. 685. 686. 687. 688. 689. 690. 691. 692. 693. 694. 695. 696. 697. 698. 699. 700. 701. 702. 703. 704. 705. 706. 707. 708. 709. 710. 711. 712. 713. 714. 715. 716. 717. 718. 719. 720. 721. 722. 723. 724. 725. 726. 727. 728. 729. 730. 731. 732. 733. 734. 735. 736. 737. 738. 739. 740. 741. 742. 743. 744. 745. 746. 747. 748. 749. 750. 751. 752. 753. 754. 755. 756. 757. 758. 759. 760. 761. 762. 763. 764. 765. 766. 767. 768. 769. 770. 771. 772. 773. 774. 775. 776. 777. 778. 779. 780. 781. 782. 783. 784. 785. 786. 787. 788. 789. 790. 791. 792. 793. 794. 795. 796. 797. 798. 799. 800. 801. 802. 803. 804. 805. 806. 807. 808. 809. 810. 811. 812. 813. 814. 815. 816. 817. 818. 819. 820. 821. 822. 823. 824. 825. 826. 827. 828. 829. 830. 831. 832. 833. 834. 835. 836. 837. 838. 839. 840. 841. 842. 843. 844. 845. 846. 847. 848. 849. 850. 851. 852. 853. 854. 855. 856. 857. 858. 859. 860. 861. 862. 863. 864. 865. 866. 867. 868. 869. 870. 871. 872. 873. 874. 875. 876. 877. 878. 879. 880. 881. 882. 883. 884. 885. 886. 887. 888. 889. 890. 891. 892. 893. 894. 895. 896. 897. 898. 899. 900. 901. 902. 903. 904. 905. 906. 907. 908. 909. 910. 911. 912. 913. 914. 915. 916. 917. 918. 919. 920. 921. 922. 923. 924. 925. 926. 927. 928. 929. 930. 931. 932. 933. 934. 935. 936. 937. 938. 939. 940. 941. 942. 943. 944. 945. 946. 947. 948. 949. 950. 951. 952. 953. 954. 955. 956. 957. 958. 959. 960. 961. 962. 963. 964. 965. 966. 967. 968. 969. 970. 971. 972. 973. 974. 975. 976. 977. 978. 979. 980. 981. 982. 983. 984. 985. 986. 987. 988. 989. 990. 991. 992. 993. 994. 995. 996. 997. 998. 999. 1000.

non exceptionis divisionis effectum illa constitutio mutavisset, non esse, cur in libros suos de iure compositis tot fragmenta e libris veterum iurconsultorum delibata, quibus post litem contestationem oblationem revera inter fidejussores esse divisionem dicatur, receperit. Quid vero contra haec argumenta dici possit, nescimus, nisi quispiam ad extremum illud argumentum rebellandum alias quodque antiqui iuris testamentis in Corpore iuris, inveniuntur opponat. At quum nostra illarum legum interpretatio l. 5. et 16. c. cit. ac reliqua Digestorum fragmenta cum l. 11. §. 1. de iur. iur. ad hanc divisionem ad hanc divisionem quasi exceptionis divisionis effectus contrarium in Corpore iuris

PARS ALTERA.

QUIBUS IN CAUSIS EXCEPTIO DIVISIONIS LOCUM HABERE POSSIT.

I. Enumerantur causae, in quibus exceptio legibus ipsis data est.

§. 4. Fidejussoribus hanc exceptionem opponere licet.

Nunc igitur, quibus a personis exceptio divisionis opponi possit, videndum nobis erit. Quin autem fidejussoribus beneficium divisionis epistola Divi Hadriani datum sit, nemo unquam dubitavit. Namque omnes fere veteres JCTi, qui hujus exceptionis D. Hadriani epistola introductae mentionem faciunt, vel maxime fidejussoribus eam competere haud ambigue dicunt ¹⁾. Quum vero plures fidejussorum species distinguantur ²⁾, utrum ad omnes fidejussores, nulla talis divisionis habitatione, epistola spectaverit, jure certe quaeretur. At, quae nostra quidem est sententia, epistola ipsa de fidejussoribus universis locuta est. Ex uno enim illo loco, ubi Ulpianus et in fidejussoris fidejussore ea, quae sint a D. Hadriano constituta, locum habere dicit, non ipsam epistolam ei beneficium divisionis dedisse, sed JCTos eum hoc auxilio adjuvandum esse censuisse quam apertissime patet ³⁾. Ad tempus igitur in fidejussorum personis exceptionem divisionis locum habere dixisse

¹⁾ Cfr. Gaj. III, 121. 122; §. 4. J. III, 20; Ulpian. l. 1. §. 11. D. XXVII, 3; Gaj. l. 26 D. XLVI, 1; Papin. l. 51. §. 4. D. cod. Justinian. l. 3. C. IV, 18.

²⁾ Cfr. Girtanner. p. 324. §. 3.

³⁾ Ulpian. l. 27. §. 1. D. XLVI, 1: „in quorum persona aequa locum habebunt, ea quae sunt“ etc.

sufficiat ⁴⁾. Sed auxilium epistolae etiam sponsoribus et fidepromissoribus competitivisse — id quod de Schroeter diss. p. 36. putat — et quum paragraphum illam 121 libri commentariorum Gaji tertii, qua ille argumento usus est, aliter atque rectius legamus, et de causis logicis refellere certe debemus ⁵⁾.

§. 2. Mandatores exceptionem divisionis opponere possunt nec non ii, qui pro aliis pecunias constituerunt.

Deinde exceptionem divisionis pluribus quoque mandatoribus competere inter omnes quidem constat, sed de modo, quo iis data sit, doctissimi homines inter se dissident. Nam quum Justinianus in l. ult. C. IV, 18. D. Hadriani epistolam de periculo dividendo inter mandatores et fidejussores loqui scripserit, alterorum sententia haud ambigua hujus legis verba secuta est ⁶⁾, alteri vero, verbis constitutionis prorsus omissis, sententiam ei alienissimam professi sunt ⁷⁾. Lege enim 7. D. XXVII, 7. argumento utentes beneficium epistolae Papiniani interpretatione ad mandatores relatum esse existimant. At quum Papinianus actionem, si mandato plurium pecunia credatur, dividi narret, tantum abest, ut illo fragmento ante Papinianum inter plures mandatores actionem divisam non esse probetur, ut haec sententia refutetur. Quum vero Justinianus in illa constitutione D. Hadriani epistolam de periculo dividendo inter mandatores et fidejussores loqui quam manifestissimis verbis dixerit, cur ab his verbis discedamus, non intelligimus. Nam si quis Justinianum, quum et fidejussores et mandatores hoc beneficio utentes videret, per errorem hos quoque jam epistola illa adjutos esse putasse dicat: qui factum est, ut illius constitutionis auctor Hadrianum in illa epistola de pluribus magistratibus et tutoribus (v. infra) locutum non esse non ignoret. Ad hoc, quum propter similem

⁴⁾ Cfr. infra, ubi de causis, in quibus exceptio JCtorum interpretatione vel usu forensi data est, disseramus.

⁵⁾ Cfr. Huber. Praelectiones ad Pandectas. XLVI, 1. n. 3. i. f. Burcharidi II. p. 831. 3.) qui idem putare videntur. Vid. supra p. 4. §. 2. ante fin.

⁶⁾ Cfr. de Schroeter. p. 36. B. et Zeitschrift für Civilr. u. Proc. VI. p. 437. Heineccius l. l. p. 558. v. Vangerow. III. p. 80. Anm. 4. init. multique alii.

⁷⁾ Zimmermann l. l. p. 267. Sell in Zeitschrift für Civilr. u. Proc. IV. p. 23. Mühlenbruch Lehrb. II. p. 557. §. 484. Girtanner. p. 102 init.: „Dieses ursprünglich nur für fidejussores eingeführte beneficium wurde schon von Papinian l. 51. D. 27, 7. auch auf mandatores ausgedehnt.“ Eadem sententia fuisse videtur Glück Comment. T. IV. §. 339. n. 86.

conditionem, qua fidejussores et mandatores uterentur, jam (ab initio his aequae ac illis divisionis exceptionem opponere licuisse veri quidem simillimum sit ⁸⁾: quid est, cur id, quod literarum fidem habet, impugnemus? — Quibus de causis jam epistola D. Hadriani mandatoribus quoque beneficium dividendae actionis datum esse, satis probatum habemus.

Tum vero exceptionem nostram etiam iis, qui pro aliis pecuniam constituunt, non ipsa quidem epistola, sed tamen Justiniani constitutione ⁹⁾ concessam esse, inter omnes satis constat.

II. Exceptio divisionis Jureconsultorum interpretatione usuque forensi concessa est

§. 3. Fidejussoris fidejussori.

Ut jam supra diximus, epistola ipsa beneficium nostrum fidejussoribus dedit universis. Quod vero utrum fidejussori quoque fidejussoris sit concedendum, veteres Icti dubitasse videntur. Itaque Ulpianus etiam tali fidejussori hoc beneficio uti licere scripsit ¹⁰⁾. Quod autem huic quoque exceptio divisionis competit, nemo certe mirabitur, praesertim si exceptionem contra eum, pro quo intervenit, a fidejussore succedaneo opponi non posse reputaverit ¹¹⁾. Nam quum sequentis fidejussoris vires, si quaeratur, an principalis fidejussor solvendo sit, huic aggregandae sint (cfr. l. 27. §. 2. D. h. t.), non est, quod ille a beneficio divisionis excludatur. Revera autem nunquam eum adjuvandum esse negarunt ¹²⁾. Sed exceptione divisionis jam a fidejussore principali opposita actioneque divisa, si fidejussor principalis ne partem quidem virilem solvere possit, sed sequentis fidejussoris vires, ut illius rata suppleatur, aggregentur: succedaneo fidejussori beneficio divisionis, actione semel divisa, uti non licere, per se intelligitur. — Nonnulli vero hanc exceptionem et fidejussori, quem vocant indemnitatis, com-

⁸⁾ Fidejussorum et mandatorum condiciones haud dissimiles esse jam inde patere, quod in libris Justiniani semper fere conjunctim de iis agatur (Cfr. Rubric. D. XLVI, 1; C. VIII, 40; Nov. IV; cfr. Nov. CXXXVI, praef.) pridem intellexerunt. Praeterea cfr. l. 53. D. XLVI, 1. Effectus quidem utriusque obligationis idem erat. — Cfr. Girtanner. §. 96. init.

⁹⁾ l. 3. C. IV, 18.

¹⁰⁾ l. 27. §. 1. D. h. t.

¹¹⁾ l. 27. §. 2. D. h. t.

¹²⁾ Lauterbach. Diss. Vol. II. diss. laudat §. X. Girtanner. p. 326.

petere putant¹³⁾, (qua ab opinione Girtanneri¹⁴⁾ sententia vehementer discrepat; sed nobis quoque hujus sententia maxime placet. Nam indemnitas fidejussorem, quum in id, quod a reo principali — quem in solidum teneri constat — servari non possit, sese obligaverit, statim eam partem, quae creditori reo principali excusso deest,olvere debere a juris ratione non abhorrebit. — Pro quo fidejussores intervenerint, nihil certe intererit¹⁵⁾. Sed unus casus excipitur. Nam fidejussores ab uno tutore pupillo dati, pupillo quidem, „qui ipse non contraxit“, agente, ut actio inter se dividatur, petere nequeunt, „ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos iudices constituantur“¹⁶⁾.

§. 4. Fidejussoris heredi.

Quum sponsorum et fidepromissorum obligatio ad eorum heredes, ut jam supra memoravimus, non transiret, beneficium divisionis iis competere omnino non poterat, sed fidejussorum heredibus, qui perinde atque illi in solidum tenerentur¹⁷⁾, epistolae beneficium concedi aequissimum certe erat. Et reapse „sicut ipsi fidejussori, ita heredibus quoque eorum succurrendum esse“ Pomponius scripsit¹⁸⁾. Cujus igitur Jcti interpretatione hoc beneficium ad eos translatum esse satis constat¹⁹⁾. — Utrum vero heres sit privatus, an fiscus, quum fiscus in

¹³⁾ Cfr. Lauterbach. Vol. I. l. l. §. IX; Vol. II. p. 1724.

¹⁴⁾ p. 326: „Der Afterbürge haftet nur zu dem Theile, der auf seinen Hauptbürgen fällt; der Schadlosbürge dagegen muss für Alles eintreten, was dem Gläubiger abgeht, ist mithin in dieser Beziehung schlechter gestellt.“ Lauterbachius autem l. l.; quoniam tales fidejussores in solidum teneantur, eos quoque hoc beneficio adjuvandos esse putat. Sed huic quaestioni proprius talis fidejussionis finis discrimen facit.

¹⁵⁾ Cfr. Voet l. l. n. 18. 22. Henr. ter Braak. th. XXV. Utrum vero, ut pro eodem omnes reo fidejusserint, requiratur, necne, supra jam vidimus.

¹⁶⁾ Cfr. l. 12. D. XLVI, 6. i. f. „sed ei, qui convenitur, actiones praestantur.“ Sin autem plurium tutorum fidejussores a pupillo conveniuntur, ut pro partibus virilibus conveniantur, „si tutores solvendo sint, et administratio non dispar, sed communis fuit“, poscere possunt. l. 6. D. XXVII, 7. Hic enim exceptio divisionis locum habet, „quia et plures pupilli unius tutoris dividere inter se possunt et implorare beneficium divisionis.“ Cfr. Petr. Gregor. Tholosanus, Syntagma Juris Lib. XXIV, c. 4. n. 7. — Legi autem 12. D. XLVI, 6. non obstat l. 7. D. XLVII, 7, ubi non pupillus, sed adolescens agit.

¹⁷⁾ Cfr. Gaj. III, 120; l. 14. §. 1. D. h. t.

¹⁸⁾ l. 27. §. 3. D. h. t.

¹⁹⁾ Cfr. Schrader l. l. ad §. 4. J. III, 20. not. 7. „qui — solvendo sint.“

privati alicujus locum succedens privato utatur jure²⁰⁾, nihil interest²¹⁾. Sin autem plures ejusdem fidejussoris sunt heredes, pro sua quisque parte hereditaria tenetur, ita ut in his personis aut exceptio divisionis prorsus cesset²²⁾, aut si plures fidejussores fuerunt, heredes ejus partem, cujus heredes exstiterunt, iterum inter se pro portione hereditaria dividere possint. Quid vero, si alter fidejussor alteri heres exstiterit²³⁾? Hic certe, si ab initio duo tantum fidejussores exstiterunt, solidumolvere debet, si vero ab initio tres vel plures intercesserunt, actione inter omnes fidejussores divisa, in duas semper partes tenetur. Quod tum quoque valet, si fidejussor, cui heres ipse exstitit, solvendo esse ante litis contestationem desivit, dum modo heres ipse solvendo sit²⁴⁾.

§. 5. Pluribus tutoribus, qui tutelam simul omnes aut gesserunt, aut non gesserunt.

Actionem e tutelae administratione natam inter plures tutores exemplo fidejussorum aeque dividendam esse, Ulpianus manifestissime docet²⁵⁾. Sed non omnes fidejussores divisionis exceptione adjuvantur. Requiritur enim, ut omnes simul tutelam gesserint, quae conditio juri certe et aequitati convenit. Namque ii de pluribus tutoribus, qui ipsi tutelam non gerentes honorariorum potius tutorum munere functi sunt, quum secundo demum loco teneantur²⁶⁾, ordinis quidem beneficio uti poterint, sed ut inter se et tutores gerentes actio dividatur, adeo impetrare non possunt, quam fidejussoris fidejussor contra eum, pro quo

²⁰⁾ l. 96. §. 4, l. 114. §. 2. D. de legat. II; l. 2. §. 1. D. XXXIV, 4.

²¹⁾ arg. l. 51. §. ult. D. h. t. Cfr. Connan VI, 7. n. 9; Cujac. ad l. 51. §. Bonis D. h. t. Opp. T. IV. p. 963; Voet l. l. n. 22 i. f.; Lauterbach. th. XIV; Hering. XXVII. P. II, 29. 30.

²²⁾ V. Connan. VI, 7. n. 9. 11; Lauterbach. th. XIII.

²³⁾ In l. 27. §. 1. D. h. t. post verba „praeterea si fidejussor“ Vulg. inseruit vocem „heres“; cfr. Voet l. l. n. 23. i. f. Connan. VI, 7. n. 11.

²⁴⁾ arg. l. 26. D. h. t., quae lex non obstat legi 51. §. ult. D. cit.; hic enim is intelligitur casus, ubi ne fiscus quidem, quum bona vacantia non ipso jure acquirat, sed repudiare possit, — l. 5. C. X, 10; l. 6. §. 3. D. XXXVI, 1. — in hereditatem sibi delatam successerit.

²⁵⁾ l. 11. §. 11. et 12. D. XXVII, 3. Ronchegall. ad l. 3. §. 1. D. XLVI, 1. n. 88. utrum tutoribus „ex verbis expressis epistolae“ an „ex illius extensione“ exceptio divisionis competat, dubitat; sed post epistolam De Hadriani — nescimus quidem an Ulpiani ipsius interpretatione — eos adjutos esse ex illa lege satis patet. Inter veteres enim Jctos, utrum tutoribus quoque beneficium divis. competeret, certamen fuisse videtur; Ulpiani vero arbitrium maxime placebat.

²⁶⁾ l. 3. §. 2. D. XXVI, 7. De adm. et per. tut.

fidejussit. Quod autem administratio plurium tutorum, ut actionis dividendae beneficium locum habere possit, non dispar, sed communis esse debet ²⁷⁾, quum administratione inter se divisa primo quidem loco e sua quisque administratione teneatur ²⁸⁾, nemo mirabitur. — Sed tum quoque, quum plures tutelam non administraverint, eos „ut ejusdem pecuniae debitores ²⁹⁾ excipere debere societatem“ rationem magis suadere Papinianus censebat ³⁰⁾. Actio igitur inter eos tantum tutores, qui ejusdem sunt et generis — sive honorarii, sive notitiae causa dati — et conditionis — sive omnes gesserunt, sive non gesserunt — dividitur.

§. 6. Pluribus magistratibus, qui tutorem dederunt.

Plures magistratus, qui tutorem dederint, utrum correorum jure uterentur, an exemplo plurium mandatorum, ut actio pro portione in unumquemque daretur, petere possent, dubitabatur. Sed responso ejusdam veteris Jcti, quod in libros Justinianos receptum pro lege valet, iis quoque beneficium divisionis concessum est, nisi „dolo fecerunt magistratus, ut minus pupillo caveretur“ ³¹⁾. Omnibus vero magistratibus, qui simul gesserunt, exceptionem divisionis jam e jure romano competere — id quod complures putare videntur — non possumus, quin negemus. Neque enim ullo veterum Jctorum librorum loco iis quoque hoc beneficium concessum videmus. Iis autem magistratibus, qui tutorem dederunt, non ut magistratibus, sed ideo, quod pro aliis exemplo mandatorum sese obligaverunt, exceptio divisionis data est. Ceteri vero magistratus, quum ex sua ipsorum culpa proxime teneantur, alio certe jure utuntur, quam magistratus, qui tutorem dederunt, ad quos tum demum pervenitur, si nullo alio modo pupillo indemnitas servari potest ³²⁾. Utrum post Justiniani aetatem omnes magistratus, qui simul gesserunt, ad illorum magistratuum analogiam adjuti sint, nostra quidem, quum juris Romani principia explicemus, nihil interest.

²⁷⁾ arg. l. 6. D. XXVII, 7. De fidejussorib. et nominatorib. etc.

²⁸⁾ Hac de re cfr. Puchta. Pand. p. 493. §. 352.

²⁹⁾ His autem verbis commotus cave putes, ejusdem pecuniae reos (duo reos promittendi) exceptione divisionis adjuvari; cfr. de illis verbis Ribbentrop. p. 83.

³⁰⁾ l. 38. D. XXVI, 7.

³¹⁾ l. 7. D. XXVII, 8; l. 3. C. V, 75. Actionem autem inter plures magistratus, qui tutorem dederunt, non ipso jure, sed exceptionis ope dividi ex l. 3. C. V, 75. satis constat; cfr. Ribbentrop. p. 76.

³²⁾ l. 3. C. cit.

III. Utrum exceptio divisionis ad alias quoque personas transferri possit.

§. 7.

Hucusque igitur causis, in quibus exceptio divisionis locum habere in Juris Romani libris manifeste dicitur, expositis, et quae sit communis omnium ratio, et utrum aliis quoque personis, quarum in jure eadem aut similis ratio inest, hoc beneficium dari juris Romani ratio patiatur, quaerendum nobis erit. Collatis autem inter se obligationibus fidejussorum, mandatorum, plurium, qui pro alio pecunias simul constituunt, magistratum, qui tutorem dederunt, quum aut mera benevolentia commoti aut officio coacti aliorum semper rebus consulant ³³⁾, communem in omnibus inesse rationem, nemo ignorabit. Et propter hanc rationum consensionem, fidejussorum beneficium ad reliquas supra dictas causas translatum est. Heredes autem fidejussorum, quum in hanc quoque testatori succedant obligationem, iisdem atque eos, quibus heredes exstiterunt, beneficiis uti, prorsus certe aequitati convenit. Quid vero? ad plures tutores, qui simul omnes aut gesserunt aut non gesserunt, idem jus referendum est? Quam vero aequum sit, actionem pro portione in unumquemque eorum dari, veteres jam Jcti Romani satis intellexerunt. Omnibus enim illis locis, ubi etiam in hisce personis beneficium divisionis locum habere dicitur, aut quia aequissimum sit, aut quia ratio hoc magis suadeat, beneficium iis concedi dicitur. Et profecto! quum et tutores suis commodis prorsus omissis ad aliorum tantum salutem conferre studeant, si pupillus eorum culpa — non dolo — damno affectus est, tutorem in solidum conventum, ut pro sua quisque parte petatur, postulare posse a juris ratione non abhorret. Ea igitur communis illarum causarum est ratio, ut ii, quibus exceptionem divisionis opponere licet, suis commodis prorsus omissis aliorum gratia obligati sint.

Sed ideo, quod illae personae hac exceptione adjuventur ex aequitate, eam ad alios debitores, quos ita adjuvari aequum videatur iique simili quodam jure utantur, transferri posse complures putarunt. Quam

³³⁾ 1 7. i. f. D. XXVII, 7: „si enim, quod datum pro alio, solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit“? Rosshirt l. l. II. p. 519: „Durch die epistola sollte eine Wohlthat für diejenigen eingeführt werden, die für fremde Sünden zu büßen haben, nicht für die, welche eine gemeinsame Sache und Angelegenheit unmittelbar zu vertreten und auszulösen haben.“

sententiam, quum et Papinianus et Justinianus ³⁴⁾ ipse formulam quasi de causis, in quibus exceptio divisionis opponi posset, constituisse videantur, haud infirmam esse nescio quis putet. Videamus igitur, utrum eae quoque actiones, quas alias dividendas esse putarunt, species sint actionis vel fidejussoriae vel mandatoriae. Gregorius autem Tholosanus l. l. lib. XXIV. c. 4. n. 4. pluribus jubentibus quoque beneficium divisionis competere arg. l. 5. §. 1. D. Quod jussu (XV, 4.) existimat. Sed quum ii, qui cum servo suo contrahi jusserunt, quae servus ita acquirit, ipso jure acquirant ipsi, eorum conditio quam longissime profecto a fidejussorum conditione distat. Quod vero in l. 5. §. 1. D. cit. duo dominos, qui cum servo contrahi jusserint, mandantibus similes esse dicitur, quum mandatoribus, non omnibus mandantibus exceptio divisionis data sit, ut Paulum eos quoque hoc auxilio adjuvisse putemus, non adducimur. — Deinde nominatoribus nec non affirmatoribus, qui idoneos tutores esse affirmaverint, quum Ulpiano ipso auctore „fidejussorum vicem sustineant“, beneficio divisionis uti licere, Friderico Malblanc (Princ. Jur. Rom. §. 681.) videtur aequissimum. Hic vero imprimis est dicendum, in l. 4. §. 3. D. XXVII, 7, qua ille utitur argumento, non de nominatoribus, sed de fidejussoribus a tutore nominatis — inter quos per nimium certe interest ³⁵⁾ — agi. Sed cur fidejussoribus a tutoribus nominatis si praesentes fuerunt, et non contradixerunt, et nomina sua referri in acta publica passi sunt“, hoc beneficium denegetur, non intelligimus. Nam quum tales fidejussores perinde teneri, ac si stipulationibus ad tutorum obligationem accessissent, Ulpianus l. l. haud ambiguus verbis dicat, quin ad eos idem jus, quo veri fidejussores utuntur, pertineat, non dubitamus. Idem vero et in affirmatorum personis, quorum „causa eadem videatur“, locum habebit. Sed actiones contra fidejussores a tutore nominatos et affirmatores institutas, quibus pro alio solvere coguntur, species esse actionis fidejussoriae, quis est, qui neget ³⁶⁾? Tales vero fidejussores, qui non solum fidejussorum instar habentur, sed reuera fidejussores sunt, si plures tutores „exemplo fidejussorum“ adjuvantur, ut sibi quoque subveniatur,

³⁴⁾ l. 7. i. f. D. XXVII, 7: „Nam etsi mandato plurium pecunia credatur, aequae dividitur actio; si enim, quod datum pro alio, solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit?“ L. 3. C. IV, 18: „aequitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo debet.“

³⁵⁾ Cfr. l. 4. C. V, 75.

³⁶⁾ Species enim actionis fidejussoriae eae sunt actiones, quibus ii, qui exemplo fidejussorum tenentur, conveniuntur („si, quod datum pro alio, solvitur“).

jam ex jure Romano jure meritoque postulerint. — Tum vero ad tutorum analogiam et pluribus curatoribus — id quod Lauterbach l. l. th. XXV. i. f. censet — beneficium divisionis competere non est, cur negemus. Cfr. l. 2. C. V, 52.

Ad alias personas exceptionem transferendam esse, qui putent, non invenimus. At fortasse quispiam quaeret, quid de mandatorum³⁷⁾ heredibus sit statuendum. Et profecto, utrum iis quoque exceptione divisionis uti liceat, quum in l. 27. §. 3. D. h. t. fidejussorum heredibus succurrendum esse expressis verbis scriptum sit, dubitare possumus. Sed quum in illo fragmento ex Ulpiani libro XXII. ad Edictum assumpto de mandatoribus omnino non agatur, quod mandatorum ibi nulla fit mentio, his quoque beneficium nostrum competere non refutatur quidem. Quid vero? fidejussorum heredes divisionis exceptione adjuvantur, heredes mandatorum non adjuvantur? Ex aequitate omnibus personis, in quibus epistola D. Hadriani locum habet, succurritur: atque aequius quid videtur, quam, quum fidejussorum heredibus beneficium divisionis competat, id etiam mandatorum heredibus concedi? Nos quidem nullam reperimus causam, cur his beneficium nostrum denegetur. — Alia autem ratione ne ad eam quidem quaestionem, utrum et tutorum heredibus et magistratuum, qui tutorem dederunt, heredibus³⁸⁾ beneficium divisionis competere possit, respondendum esse arbitramur. — De nominatoribus denique idem dicamus? Quum in l. 4. C. V, 75. nihil, nisi nominatores ultimos omnium fidejussorum et contutorum conveniendas esse dicatur, ab iis exceptionem divisionis opponi posse facile nescio quis negabit: praesertim quum in l. 3. C. eod. plures magistratus, qui tutorem dederint, „pro virili parte in se actionem dari non injuria postulare“ Imp. Gordianus rescripserit. Sed quum idem Gordianus, quo loco nominatores conveniendi sint interrogatus eos quoque actionis divisionem petere posse conscribendi nullam fere haberet causam, illa l. 4. C. sententiae nostrae, nominatores aequae ac magistratus, qui tutorem minus idoneum dederunt, hac exceptione adjuvari posse, non obstat. Si quis vero nominatores, quam sint similes mandatoribus, perpenderit, nihil certe aequius, quam eos quoque exceptionem divisionis opponere posse ei videbitur.

Hisce igitur causis enumeratis, fines, inter quos exceptio divisionis locum habere possit, satis descripti nobis videntur. Sed aliis viris at-

³⁷⁾ Mandatorum quoque heredes teneri Girtanner p. 71. n. 10. (contra Cujacium arg. l. 24. D. XLVI, 1. et l. 8. C. IV, 35. docet.

³⁸⁾ Constituentium heredes teneri verisimile quidem non esse memorat Girtanner p. 60. n. 7.

que doctissimis aliam hac de re esse sententiam omittere non debemus. Quique enim causas, in quibus beneficium nostrum locum habeat, enumerant, eas solas, quae in Justinianis libris expressim nominantur, enumerant. At quum ab Justiniani ipsius sententia, aequitatis rationem diversas species actionis excludere nullo modo debere, recessisse non videamur, in postremis quoque causis, quae Juris Romani hac de re sint principia, exceptionem divisionis haud injuria dari posse persuasum habemus ³⁹⁾.

IV. De Novella XCIX.

§. 8. De fine hujus capitis.

Priusquam autem ad extremam commentationis nostrae partem transgrediamur, pluribus verbis in Novella XCIX, quae vehementissimum inter viros doctissimos certamen, quo et exceptio divisionis attingitur, usque a Glossatorum aetate excitavit, commorari debemus. Quum enim et Graeca verba, quae ineunte Novella leguntur, ab aliis aliter explicata sunt, ita ut, ad quas personas haec Justiniani constitutio spectet, dubitetur, et res ipsa, de qua ibidem agatur, parum certa sit, alii vetus illud fidejussorum beneficium ad alia debitorum genera, a Justiniano esse translatum, alii divisionis exceptionem ex epistola D. Hadriani natam hac constitutione mutatam esse, alii denique hanc Novellam non de beneficio divisionis, sed de beneficio excussionis s. ordinis agere censent. Sed nostrae disquisitioni magis convenit, si ceteris rebus posthabitis, constitutionis illius Justinianae sententiam quam clarissime describimus. Nam si eam de divisionis beneficio minime loqui intellexerimus, quibus de personis ibi agatur, nostra quidem nihil intererit.

§. 9. Qua ratione Novella XCIX cum Nov. IV sit conjungenda.

Quum in Novellae 99 praefatione Justianus: „*Ἰσμεν πρῶην τεθε-*

³⁹⁾ Alia sententia est de Vangerow p. 80. not. 1. init.: „Soviel erkennt man allgemein, dass vor Justinian davon keine Rede sein konnte, indem da jene Rechtswohlthat schlechthin nur in einzelnen, gesetzlich bestimmten Fällen vorkommt.“ Rosshirt aliter hac de re sentire non videtur. Nam quum l. l. T. II. p. 319. dicat: „Schwerlich kann eine gleiche Ausdehnung auf mehre Depositare und Commodatare angenommen werden, weil die Ausdehnung auf die andern exemplo fidejussorum geschehen ist, und bis hierher ein allgemeiner Gedanke nicht aufgestellt war“: hoc quidem rectum est, quum nec depositarii nec commodarii fidejussorum vice fungantur.

κότες νόμον περὶ ἐπιλογῇ στῶν μανδατώρων — ἐπὶ δὲ τοῦ παρόντος καὶ ἑτέρας ἡμῖν ἔδοξε δεῖσθαι τινος ἐπεξεργασίας“ etc. scripserit, ad aliam Justiniani constitutionem jam antea datam, ut hanc Novellam recte perspiciamus, quasi remittimur. Sed hanc Novellam 99 cum Novella 4, quae mandatores aut constitutae pecuniae reos aut fidejussores ante debitores principales conveniri vetat, conjungendam esse a nemine unquam dubitatum est ⁴⁰). Propter ambiguitatem autem vocis ἑτέρας, ad quam verbum antecedens „νομοθεσίας“ suppleri aut quae cum insequente „ἐπεξεργασίας“ conjungi potest, variae in latinis hujus loci versionibus lectiones inveniuntur. In versione enim hujus Novellae, quae dicitur Vulgata, verba illa ita transferuntur: „in praesenti vero et aliud nobis visum est egere quadam explanatione et incremento.“ Hombergkiius autem non aliam legem perinde atque antea vetus de fidejussorum electione jus mutari, sed Novellam 4. iterum retractari et suppleri hac Novella arbitrans verba illa „ἑτέρας — τινος ἐπεξεργασίας“ arctissime inter se conjunxit, et, quae nostra est sententia, rectissime illa verba sic transtulit: „in praesentia vero alia quadam retractatione et adjectione — egere nobis visa est (sc. lex illa jam antea de fidejussorum reliquorumque electione lata) ⁴¹). Nam si Justinianum aliud quoddam jus hac constitutione mutare censeamus, cur priorem praefationis sententiam enuntiaverit, vixdum intelligi potest. Justinianus enim quum ante Novellam 99. innumera- biles leges, quibus vetera jura corrigeret, tulisset, si jus Novella 99. mutatum ab alio quodam jure jam antea mutato distaret, haud logice „se pridem de mandatorum electione legem tulisse“ dixisset. Tum vero jam ex una voce „προσθήκης“ Justinianum non de alius cujusdam legis mutatione cogitasse, sed ad priorem legem alia addere voluisse satis clare apparet. — Quibus igitur de causis Novellam 99. de eodem jure ac Novellam 4. agere, ita ut illic prior haec lex retractetur et suppleatur, constare nobis videtur. Quibus autem quasi vinculis Novellae illae inter se conjunctae sint: utrum eo, quod eorum hominum jus, ad

⁴⁰) Quid vero? Potestne Novella nostra praeter dictam Novellam 4. ad l. 28. C. de fidejussoribus (VIII, 41.), ubi idem Imperator de fidejussorum et mandatorum electione loquitur, quasi annecti? At quum Justinianum legem de mandatorum et fidejussorum et constituentium electione latam intellexisse constet, de lege illa 28, quae ad fidejussores, mandatores, reos promittendi pertineat, hic cogitare nobis non licet. Cfr. v. Savigny, Obligationenrecht. T. I. p. 280: „Alle sind darüber einig, dass damit die Novelle 4. gemeint sey.“ v. Vangerow. III. p. 51.

⁴¹) Linguae autem Graecae consuetudine utraque versio defensione uti potest.

quos jam Nov. 4. spectat, suppleatur, an eo, quod illud jus ad alias transferatur personas, quaeritur. Itaque nunc Novellam 4, et ad quas personas pertineat et quod ejus sit argumentum, explicabimus.

1. Ad nostram vero quaestionem solvendam primum tantum Novellae 4. caput, quum reliqua hujus capitis quasi additamenta, in quibus judici de hac lege exercenda praecipitur, sint, attinet. Ibi autem fidejussoribus, mandatoribus, constitutae pecuniae reis ⁴²⁾ beneficium conceditur, quod vocant excussionis. „Creditores“ enim „primo debitores principales convenire et, si illi non solvendo reperiantur, secundo loco mandatores vel constitutae pecuniae reos vel fidejussores“ ⁴³⁾, „et, si quidem ab illis receperint, a reliquis abstinere“ ⁴⁴⁾ jubentur. Sed hoc beneficio dictis personis tum demum, quum debitores principales praesentes sint, uti licet. Sin autem absentes sunt, a iudice, ut tempus, quo debitorem adducant, sibi detur, impetrare possunt. Debitor vero productus „actione interim eos liberet, qui illius causa molestia afficiuntur.“ „Quod si tempus ad hoc constitutum praeterierit (iudex enim et tempus definire debet), tum aut fidejussor aut mandator aut constituens litem suscipiat, et debitum solvat, actionibus contra eum, pro quo fidejussit vel mandatum scripsit, vel constituit, a creditore sibi cessis“ ⁴⁵⁾.

2. Novellae autem 99 argumentum in hunc fere modum totum describitur ⁴⁶⁾. Si plures pro eadem summa mutua fidejussione ⁴⁷⁾ sese

⁴²⁾ Oratio Graeca tres has personas ita significat: „ἐγγυητής, μανδάτωρ, ἀντιφωνητής. Quin duo illa priora verba latine eleganter reddita sint, nemo unquam dubitavit. Sed ἀντιφωνητήν versio Vlg. nominat „sponsorem.“ Hombergkii alique „constitutae pecuniae reum.“ Sed hac de re Burchardi verba allegasse sufficiat (Archiv. T. XIX. p. 57. n. 25.): „Hier (sc. in Nov. 99.) und in Nov. 4. c. 1. übersetzt die Versio vulgata den ἀντιφωνητής durch sponsor, dagegen in Nov. 135. prooem. durch constitutae pecuniae reus. Hombergk zu Vach thut letzteres auch in Nov. 4. c. 1., während er hier wie die Vulgata sponsor setzt. Dies ist wenigstens eine tadelnswerthe Inconsequenz, da der Sinn an allen drei Orten im Originale derselbe, und ohne Zweifel der Constituent gemeint ist.“

⁴³⁾ V. inscriptio Novellae. Hos autem Novellae locos ad verbum transcribere, brevitatis causa liceat.

⁴⁴⁾ V. cap. 1. post initium.

⁴⁵⁾ V. Nov. 4. c. 1 i. fin.

⁴⁶⁾ Ne hujus quidem Novellae totius, quum duae primi (et unici) capitis paragraphi de modis, quibus iudices hanc legem exerceant, agant, ratio est habenda. Versio partis Novellae huc spectantis Germanica invenitur apud Burchardi l. l. p. 58 sqq.

⁴⁷⁾ In Graeco exemplari legitur: „εἰ γὰρ τις ἀλληλεγγίως ὑπευθύνους λάβει τινάς“, et propter haec ipsa verba controversia illa famosa de Novella 99. mota

obligaverint, nec „debere etiam singulos in solidum teneri“ addiderint, pro sua quisque parte conveniatur⁴⁸⁾. Sin autem singulos in solidum teneri debere additum est⁴⁹⁾, „pactum quidem servetur“, sed interim pro sua quisque parte conveniatur, si quidem omnes et praesentes et solvendo sunt. Si vero aut locupletes aut praesentes non sint, ii, qui idonei sunt, in illud quoque teneantur, quod a reliquis accipi non potuit. „Sic enim et eis pacti ratio servabitur nec ullum actorum damnum sentiet.“

3. Ita igitur utriusque Novellae argumentis expositis⁵⁰⁾, quae earum sit similitudo, exponemus. Neque autem de iisdem personis utramque Novellam loqui nemo certe negabit, sed ne eadem quidem sententia in iis inesse videtur. Quarta enim Novella, ut creditores primo conveniant debitores principales, praescribit, nostra vero, si plures mutua fidejussione se obligaverint, pro sua quemque parte, si quidem omnes idonei sint, conveniri, ita ut actio inter eos dividatur, jubet. Primum autem, quae nostra hac de re sit sententia, exponere nobis liceat. — Effectum prioris obligationis incunte Novella 99. memoratae, qua plures mutua fidejussione, nulla in solidum obligationis mentione facta, sese obligaverint, ab antiqua juris regula non abhorre jam supra attigimus. Sin autem tali obligationi manifestis verbis, singulos etiam in solidum teneri debere, additum est, quum unusquisque et correus et fidejussor sit, iudices, utrum leges de correorum obligatione, an leges de fidejussorum electione datae ad hanc obligationem spectent, dubitabant. Justa igitur causa Novellae 99. scribendae Justiniano erat al-

est. Viri enim doctissimi inter se dissentiunt, quae sit notio Graeci verbi „ἀλληλεγγύως“. Nos vero interim sequimur Versionem Vulgatam. Cfr. infra.
⁴⁸⁾ Cfr. v. Savigny, p. 283. not. (e), qui hanc antiquam esse regulam, ejus Justinianus hic propter convenientiam tantum insequentis constitutionis cum vetere jure meminerit, docet. Cfr. Burchardi l. l. p. 53. 1); v. Vangerow. III. p. 82. a): „Für diesen Fall war eine neue gesetzliche Bestimmung nicht erforderlich, sondern die Grundsätze der Nov. 4. über das Verhältniss der Schuldner und Bürgen zu einander reichte vollkommen aus“, et q. s. cetera.

⁴⁹⁾ Hoc de casu jam legem 11. pr. D. XLV, 2. loqui Savigny defendit, pag. 283. not. (m).

⁵⁰⁾ Novellam 99. cum reliquis Novellae 4 partibus conjungendam non esse, earum argumentis perspectis non dubitamus. Capite enim altero, qui sit conveniendi ordo, si rei principalis aut fidejussorum aut reliquorum res ab aliis detineantur, describitur; tertio denique, quid sit faciendum, si debitor, nullo fidejussore adhibito, creditam pecuniam restituere nequeat neque res mobiles habeat, aut si immobilium ejus rerum ne emtor quidem praescribitur.

lata ⁵¹⁾. Qua autem Novella quum creditor ab omnibus debitoribus, qui praesentes et solvendo sunt, partes viriles interim quidem petere cogatur, cave ne beneficium divisionis, quale epistola D. Hadriani fidejussoribus concessit, reis mutua fidejussione in solidum obligatis datum esse putes; imo vero nihil nisi beneficium excussionis, cujus effectum quidem cum illius exceptionis effectu congruere posse non negamus, ex hac Justiniani constitutione iis competit. Et haec ipsa Novellae 99. cum Novella 4. est convenientia. Primum enim Novellam 99. de exceptione divisionis loqui a verisimilitudine valde abhorret. Nam quum eae personae, quibus Imp. Hadrianus eam concessit, ipsis legibus essent descriptae ⁵²⁾, eam ad eos quoque, qui mutua fidejussione sese in solidum obligaverunt, transferri verbis multo apertioribus Justiniano erat dicendum. Atqui illius beneficii divisionis, quod certe correorum obligationem — creditor enim hic cum correis, non cum fidejussoribus agit — haud leviter attigisset, ne mentionem quidem facit ⁵³⁾. Praeterea autem Novellae auctor beneficii divisionis nominandi non solum causam habebat, sed etiam, quum hac constitutione jus ex epistola D. Hadriani natum aliquantum mutaret, id nominare debebat. Quum enim, ut supra demonstratum est, exceptione divisionis creditori opposita in solidum obligatio in tot obligationes pro parte, quot fidejussores litis contestatae tempore solvendo erant, dividatur, ita ut divisione facta pro sua quisque parte teneatur, Novella 99. „statim“ — „ab initio“ — solidum ab uno exigi vetat creditoremque „interim“ omnes pro partibus virilibus convenire jubet. Tum vero Novella 99. ab epistola D. Hadriani distat et eo, ut illius beneficium non exceptionis ope valeat, et eo, ut creditor non plurium actionum egeat, sed una actione solidum consequatur ⁵⁴⁾.

Beneficium igitur Novellae 99. ab exceptione divisionis, qualem

⁵¹⁾ In nostra igitur Novellae 99. explicatione duae illae virtutes, quas Girtanner jure certe necessarias habet, inesse videntur. Cfr. Girt. p. 127: „1) Es muss durch dieselbe (sc. Erklärung) ein Zusammenhang unsrer Novelle mit Novelle 4. nachgewiesen werden. — 2) Durch eine richtige Interpretation muss unsre Novelle — als ein motivirtes Gesetz erscheinen.“ — Cfr. v. Savigny l. l. p. 283 (1).

⁵²⁾ Correorum enim actiones fidejussoriae actionis species non sunt.

⁵³⁾ Contra v. l. ult. C. IV, 18.

⁵⁴⁾ Judicis enim, non actoris est actionem „interim“ dividere. Cfr. de Savigny p. 284. not. (n): „versteht sich wohl, wenn der Beklagte es verlangt, nicht eigentlich von Amts wegen.“ — De rebus, quibus exceptio divisionis et beneficium Novellae 99. inter se distant, v. imprimis de Schroeter, Zeitschrift. T. VI. p. 438 sqq

Hadrianus fidejussoribus aliisque personis dedit, vehementer distare, quum demonstraverimus, restat ut ad eam quaestionem, utrum Novella illa de beneficio excussionis, loquatur, respondeamus. Sed etiamsi multis rebus beneficium Novellae 99. beneficio Novellae 4. est simillimum, tamen aliud quoddam auxilium illa constitutione dari censemus. Novella enim 4. creditor ipse compellitur reum principalem ante fidejussorem convenire et, si ille solvere nequeat aut absens sit, adversus hunc actionem instituere, ita ut nonnisi pluribus actionibus hac in causa solidum consequi possit. E novella autem 99, uno eorum, qui „ἀλληλεγγύως ὑπευθύνου“ vocantur, a creditore in solidum convento, iudicis est et omnes debitores citare et inquirere, quot eorum idonei sint, et actionem interim inter eos dividere — sc. reo, cum quo creditor ab initio egit, id desiderante (cfr. Nov. 99. c. 1. §. 1; v. Savigny, Obligationenrecht. I. p. 284. not. n.). — Ita igitur creditor una actione solidum consequitur. Qua vero de causa ita beneficium excussionis mutatum sit, quum creditorem solidum non a fidejussore sed a correo petere cogitaverimus, — novellam enim 99. de reis promittendi mutua fidejussione obligatis agere censemus, v. infra — intelligemus. Nam quum singuli „ἀλληλεγγύως ὑπευθύνου“ potissimum sint correi, creditor iis vice mutua obligatis, ut commodum suum rejiciat, compelli nequit. Sin igitur Justinianus hisce personis subvenire volebat, aequissime ipsam correorum obligationem non attigit, sed, quominus „commune debitum proprium cujusquam onus fieret“, prohibuit. Nihilominus autem novellam 99. de beneficio excussionis agere censere pergimus. Singuli enim rei, quum a iudice „interim“ in partes conveniantur, quominus in residuum teneantur, prohibere nullo modo possunt. Quid igitur aliud hac novella efficitur, quam ut pro sua quisque parte primo loco, secundo pro ceterorum partibus teneatur? Hic vero beneficii excussionis finis est. Negari quidem nequit, effectum hujus beneficii excussionis, quum creditori ab omnibus reis satisfactum sit, cum beneficii divisionis effectum plerumque congruere — cfr. Burchardi. p. 55 i. f.; v. Vangerow. p. 84 i. f. —: sed hac de re Justinianum hac in constitutione de beneficio divisionis agere probari nemo certe contendet.

Hisce igitur de causis novellam 99. cum novella 4. conjungentes illam quoque de beneficio excussionis agere ratum habemus. Revera autem Justinianum priorem legem hac constitutione, quum causam maxime singularem, ubi beneficium excussionis locum habeat, illustraverit, et retractare et supplere, quae nostra fert sententia, nequit negari.

Nostra hac de re sententia exposita, qua ratione duae illae novellae ab aliis inter se conjungantur, ut commemoremus, restat. Scriptores autem, qui de novella 99. scripserunt, in tres quasi classes distribuere possumus.

1. Alii enim praefatione Novellae 99. prorsus neglecta, quin Justinianus hac constitutione de beneficio divisionis locutus sit, omnino non dubitant, quorum alteri exceptionem illam epistolae D. Hadriani ad alias quoque personas translatam esse, alteri etiam conditiones illius exceptionis paullulum mutatas esse arbitrantur. Hujusmodi scriptores sunt omnes, qui ante Donellum hanc novellam interpretari conati sunt. Ex iis autem scriptoribus, qui postea hanc sententiam secuti sunt, etiamsi et numerus et auctoritas eorum haud mediocris est, paucos tantum nominabimus. Plurimi enim illorum opinionem nullis argumentis firmatam enuntiarunt et sententiam eorum, qui novellam 99. cum novella 4. arctissime conjungunt, ne cognosse quidem videntur. Schroeterus autem (in Zeitschrift T. VI. p. 438 sqq.) disquisitionem suam de novella 99. non a novella 4, sed — prooemio illius constitutionis omnino omisso —, ab epistola D. Hadriani incipiens illic quoque de beneficio divisionis agi putat. Sed jam Burchardi l. l. p. 54. ejus disputationem in illa epistola quasi exstructam haud prospere procedere potuisse docuit. Mühlenbruch quoque (Pand. T. II. p. 573. §. 492. not. 8.) novella 99. beneficium divisionis omnibus reis ex justa causa in solidum obligatis concedi putat. Verba enim novellae: „Εἰ γὰρ τις ἀλληλεγύως ὑπευθύνους λάβοι τινὰς“ κ. τ. λ. non obstare huic sententiae. At longe aliam vim in verbis illis praefationis inesse doctissimi viri aciem fugit. Rosshirt denique (Gemeines deutsches Civilrecht, T. II. p. 322), quum totam rationem, qua in nostra sententia probanda usi sumus, refellat, a nobis commemoretur oportet. Cujus verba haec sunt: „Dazu 3) lässt sich nur freilich wenig aus den neu bearbeiteten Werken der Griechen über die Novellen ableiten; denn manche Novelle ist hier sehr oberflächlich behandelt, wie z. B. grade unsere Novelle 99. bei Athanasius Scholasticus, und es wäre ebenso gefehlt, etwas aus der Zusammenstellung der Nov. 4. und 99. schliessen zu wollen, wie aus den hingeworfenen Worten über die Nov. 99. irgend etwas abzuleiten.“ Quid vero? quum in Novellae 99. praefatione Justinianus ipse prioris legis de mandatorum aliorumque electione datae mentionem faciat, in Graecis novellarum editionibus novellam 4. et 99. conjunctas inveniri nullius esse momenti censeamus? Minime gentium!

2. Tum vero alii novellam 99. cum novella 4. conjungendam esse non negant quidem, sed alia ratione eas inter se cohaerere putant.

Nam quum Justinianus novella 4, ne fidejussores aliaeve personae, qui fidejussorum vice fungerentur, et reus principalis correi essent, constituerit, novella 99. effectum correorum obligationis deletum esse universum. Sed ne hanc quidem sententiam, quum a praefatione illa novellae 99. abhorreat, veram esse jam Burchardi⁵⁵⁾ dixit.

3. Alii denique illas Justiniani constitutiones ita inter se conjungunt, ut utramque de eadem re i. e. de beneficio excussionis agere putent. Rationes autem, quibus commoti a vulgari recedunt sententia, haec esse solent. Prius enim, quum Justinianus praefatione Novellae 99. praemissa manifestissime hanc constitutionem esse supplementum ad legem quandam jam antea a se datam dixerit, jam propter hanc praefationem nos ad Novellam 4, quae una de electione fidejussorum etc. loquatur⁵⁶⁾, remitti. Deinde autem et novellam ipsam de beneficio excussionis explicari haud inepte posse. Alteri vero eorum, qui duas illas novellas ita inter se conjungendas esse censent, beneficium novellae 4. nonnisi ad alias personas transferri putant, alteri autem nonnullis rebus beneficium, quod e Nov. 4. fidejussoribus competat, a beneficio, quod Justinianus „ἀλληλεγγύως ὑπευθύνουσιν“ dederit, discrepare existimant. Sed illas beneficii excussionis mutationes, quarum jam supra mentionem fecimus⁵⁷⁾, ex ipsa obligationis personarum, ad quas illud beneficium translatum est, natura profectas esse jam antea attigimus. Hujus vero sententiae auctor est Hugo Donellus⁵⁸⁾, quem secuti

⁵⁵⁾ l. l. p. 58: „Alsdann könnte jedoch Justinian unsere Novelle nicht als einen Nachtrag, und noch weniger als einen nöthig scheinenden Nachtrag zur Novelle 4. charakterisiren, denn sie enthielte dann einen völlig verschiedenen und auf ganz andere Personen und Verhältnisse bezüglichen Satz. Auf jeden Fall wäre die Erinnerung an die Nov. 4. durchaus müßig und bedeutungslos, weil sie nichts zur Würdigung und zum Verständniß des neuen Gesetzes beitrüge“ etc.

⁵⁶⁾ Cfr. supra p. 54. n. 40.

⁵⁷⁾ Praeterea v. de Vangerow l. l. p. 82.

⁵⁸⁾ Cfr. ejus comment. ad lib. II, III, IV, VI, et VIII. Cod. Justiniani. Francofurti 1599. Fol. p. 686 sqq. ubi haec verba inveniuntur: „Hinc“ (sc. propter duplicem „ἀλληλεγγύως ὑπευθυνῶν“ obligationem) „illa difficultas in specie duorum reorum, qui invicem fidejussores accepti sunt, nata ex constitutione superiore“ (sc. nov. 4.). „Ea vero difficultas explicatur hac posteriore constitutione, eaque omnino explanatio est et appendix illius prioris constitutionis, quam Justinianus initio hujus posterioris pollicetur. Cavet igitur utrumque in proposita specie eodem tempore conveniri posse, quia uterque reus est debendi. Sed rursum quia est fidejussor, vult utrumque ex parte frui beneficio fidejussorum priori constitutione tributo, ne conveniatur saltem in solidum. Restat igitur, ut conveniantur pro parte, ut fieret inter plures fidejussores“ etc.

sunt imprimis G. Asverus (specim. inaug. ad Nov. 99. Jenae 1822.), Burchardi (l. l. p. 49.), Heimbach (in Zeitschrift für Civilrecht und Process. T. XVI. p. 65 sqq.), de Vangerow (Leitfaden. T. III. p. 81 sqq.), de Savigny (Obligationenrecht. T. I. p. 280.).

Quum vero novella 99. de beneficio excussionis revera sit intelligenda, quin de iis personis, quae et primo et secundo loco tenentur, i. e. de reis promittendi mutua fidejussione obligatis loquatur, non dubitamus. Neque enim ullae personae, ad quas novellam 99. pertinere alii ⁵⁹⁾ putant, quum nonnisi primo loco obligati sint, hoc beneficio uti possunt. Quam sententiam denuo nuper defendit ille de Savigny (l. l. p. 285.) contra de Vangerow (l. l. p. 86.), qui correos mutua fidejussione obligatos, non simplices correos ita adjuvari ineptum esse dixit, hisce verbis: „Allein es ist so eben (p. 284.) schon bemerkt worden, dass bei diesem Verfahren das Recht des Gläubigers um gar Nichts geschwächt wird. Unter den Mitschuldnern selbst aber etwas Besonderes eintreten zu lassen, fehlt es nicht an einem guten Grunde, indem sie eben durch die wechselseitige Verbürgung zu erkennen gegeben haben, dass sie in einer näheren, als der sonst gewöhnlichen, Verbindung zu einander stehen wollten. Für das Interesse des Gläubigers allein wäre die einfache Correalverpflichtung völlig ausreichend gewesen.“

V. Quando exceptio divisionis amittatur.

§. 10. De hac re universa.

Exceptionem nostram de variis rationibus cessare posse, inter omnes satis constat. Primum enim beneficium divisionis cessat, si aut ejus condiciones impletae non sunt aut si exceptio opposita juris principia offenderet, deinde si personis, quibus alias competit, poenae causa adimitur; cessat denique, si ei renunciatum est ⁶⁰⁾. Causas autem, in

Cui sententiae id, quod de Vangerow l. l. hac de re scripsit, haud dissimile est.

⁵⁹⁾ Varias hac de re sententias enumerat accuratissime de Vangerow l. l. p. 85.

⁶⁰⁾ Barsoenius: disput. juridica de fidejussoribus. Wittebergae 1644. th. 16. has beneficii divisionis cessationis causas enumerat: „beneficio divisionis locus non datur interdum ob conditionem eorum, pro quibus fidejusserunt interdum ob factum, interdum ob culpam fidejussorum.“ Sed hanc divisionem parum esse accuratam, facile intelligitur. Nam ob conditionem eorum, pro quibus fidejusserunt, fidejussores beneficium numquam amittent quidem. — Singulas autem causas, in quibus exceptio divisionis opponi nequit, enumerant

quibus exceptio divisionis seu conditionibus ejus non impletis seu juris principia ea offendente locum non habet, quum supra, ubi de exceptionis natura disputavimus, accuratius perspectae sint, hic enumerasse sufficiat ⁶¹⁾. Beneficium autem locum non habet

1. inter reum principalem ejusque fidejussorem, neque inter fidejussorem et fidejussoris fidejussorem ⁶²⁾, quia una quasi persona habentur;

2. inter fidejussores a tutore, ut res pupilli salva sit, datos, si quidem pupillus ipse agit ⁶³⁾, „ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos judices constituentur“;

3. si vir et mulier simul fidejusserunt ⁶⁴⁾, quum mulieres intercedere omnino non possint;

4. si vir major XXV annis et minor aut hic ante illum intercesserunt ⁶⁵⁾, cujus rei de causa vid. supra p. 22 sqq.

5. si unus fidejussorum in solidum condemnatus est ⁶⁶⁾, quia post condemnationem exceptio divisionis opponi nequit.

§. 44. Exceptio divisionis amittitur poenae causa.

Huc vero pertinet una inficiationis causa ⁶⁷⁾. Sed quum minus clare, qualis inficiatio, ut beneficium excludat, esse debeat, dicto Pandectarum loco dicatur, cujus modi inficiatio hic intelligenda sit, videntum est. Neque enim omnem inficiationem, verbi gratia quum fidejus-

Huber, Prael. jur. civ. sec. instit. lib. III. tit. 21. no. 7; Gregor. Tholosanus, Synt. Jur. lib. XXIV. c. 4. n. 7. 8. 9; Henr. ter Braak, disput. jurid. inaug. de fidejussorib. Groningae 1788. th. XXIV init.; Wolfg. Frid. Stromeier, Tyrocinium jurid. de fidejussorib. Jenae 1654. th. 90; Ronchegall. l. 1. ad l. 5. §. 1. D. XLV, 2. n. 187 sqq.; Pyrrh. Maur. p. 611. n. 33 sqq.

⁶¹⁾ Hic vero eas tantum causas enumerabimus, quae in libris Justinianis expressis verbis nominantur. Alii quidem etiam alias causas enumerant, veluti Ronchegallus, qui, „ubi res agatur in foro mercatorio, in quo juris apices rejiciantur, vel ubicunque agatur de bono et aequo seu de aequitate et rejectis solemnitatibus juris“, beneficium cessare putat (ad l. 5. §. 1. D. d. t. n. 123; Thibaut. Pand. II. §. 227.); sed has causas, quum juri Romano alienae ad jus hodiernum pertineant, omittere nobis licet.

⁶²⁾ l. 27. §. 4. D. XLVI, 1. v. supra P. I. §. 6. p. 16.

⁶³⁾ l. 12. D. XLVI, 6. v. infra p. 47. §. 3 i. f.

⁶⁴⁾ l. 48. pr. D. h. t. v. supra P. I. §. 6. p. 22.

⁶⁵⁾ l. 48. §. 1. D. h. t. ibid.

⁶⁶⁾ l. 10. §. 1. C. VIII, 41. v. supra P. I. §. 5. — In omnibus autem his causis beneficium divisionis, quum omnino non valeat, ne amitti quidem potest.

⁶⁷⁾ V. l. 10. §. 1. D. XLVI, 1.

sor conventus creditorem reum principalem antea excussisse neget, tali effectu esse posse satis constat. Itaque jam pridem dictam legem de iis, qui se fidejussores esse inficiuntur, agere intellexerunt ⁶⁸⁾. Quod vero hac exceptione ii, qui se ita, ut ea uti possint, obligatos esse inficiantur ⁶⁹⁾, poenae causa privantur, nemo certe mirabitur. Si vero ante litis contestationem vel postea, antequam contrarium sit probatum, fidejussorem inficiationis poeniteat, beneficio uti ei licere nonnulli putarunt ⁷⁰⁾. At quum ita litium calumnias magnopere adjuvaremus, ne tum quidem exceptionem divisionis opponi posse, censemus.

§. 12. Exceptio divisionis, si ei renunciatum est, locum non habet.

Si quis de pluribus fidejussoribus, quibus hac exceptione uti licet, ei renunciaverit, in perpetuum eum hoc auxilium amittere, quum nulum beneficium obtrudatur, pro certo est habendum ⁷¹⁾. Qualis vero renunciatio, ut exceptionem nostram excludat, esse debeat, quaeritur. Sed ne in hac tam controversa re longiores simus, earum tantum quaestionum, quae vel maxime ad hujus beneficii renunciationem pertinent, rationem habebimus. Universae enim de beneficiorum renunciatione regulae alias explicentur. — Renunciatio autem exceptionis divisionis aut expressim — i. e. verbis renunciationem significantibus — aut tacite — i. e. non verbis, sed rebus gestis — fieri potest. De utraque igitur renunciationis specie nunc disseremus.

I. De tacita renunciatione.

Quae quin semper valeat, nonnulli quidem Jurisconsulti dubitarunt ⁷²⁾. Huberus autem l. l. tacitam renunciationem valere posse ne-

⁶⁸⁾ Cfr. Arn. Vinnius, sel. quaest. p. 515; J. M. Rust, diss. inaug. jurid. de fidejussione. Erphordiae (?) 1664. th. LXVII; Stromeyer l. l. th. 90; Balth. v. Hatten, disp. jurid. de fidejussorib. Lugd. Batav. 1651. th. 44; Bodo v. Hodenbergk, disp. jurid. de fidejussorib. Marpurgi 1627. th. 80; Göschen, Civilr. T. II. P. 2. p. 518; Girtanner. p. 467.

⁶⁹⁾ scil. et inficiationis convicti sunt: v. Göschen loc. cit.

⁷⁰⁾ V. Ronchegall. l. l. ad l. 5. §. 1. n. 131; Pyrrh. Maurus. p. 612. n. 40.

⁷¹⁾ l. 29. C. II, 3; l. 51. C. I, 3; l. 41. D. IV, 4; l. 69. D. L, 17. Cfr. Hellfeld, Jurispr. Forens. §. 1917. Ne unum quidem scriptorem, qui beneficio nostro renunciari posse neget, invenimus. Scriptorum autem, qui de ejus renunciatione agant, copia est tam incredibilis eorumque sententiae sunt tam variae, ut non sine summo labore eas perspexerimus.

⁷²⁾ Tacitam renunciationem valere dicunt: Stromeyer l. l. th. 90. n. 7; Trechselius de privilegiis fidejussorum. Noriberg. 1678. th. 18; Erlenkamp

gat, hacce ratione commotus: „ne quisquam juri aequissimo et natura negotii convenientissimo, nisi id bene valideque constet, renunciasset videatur.“ Quod vero argumentum quam leve sit, quum e factis quoque „concludentibus“ renunciandi animus recte valideque constare possit, nemo nesciet. Praeterea quum in ceteris voluntatis declarandae causis — renunciatio autem voluntatis declaratio est — ut in hereditatis aditione, voluntas et e „factis concludentibus“ patefacta valeat, non est, quod beneficii divisionis renunciatio de generali regula ⁷³⁾ excipiatur. Sed in §. 4. J. III, 20, ei, qui exceptionem divisionis opponere omiserit, non succurri, manifestis, credimus, verbis dictum est ⁷⁴⁾. L. vero 49. §. 1. D. h. t., quo Stromeyer et Voet II. II. argumento utuntur, quum de solutione ⁷⁵⁾ non indebitae quantitatis loquatur, argumentum minus firmum videtur. — Nunc igitur causas, ubi tacitam renunciationem praesumant, enumerabimus.

Tacite autem renunciatum esse videtur praesertim, si exceptio divisionis justo tempore opposita non est. Quando vero opponenda sit, supra vidimus. Sed etiam in singularibus aliquibus fidejussionis formis renunciationem inesse praesumitur. Sic beneficio divisionis tacite renunciant, qui pro individua re vel facto, quod dividi nequit, fidejusserunt, nisi illius rei vel facti pretium praestandum est ⁷⁶⁾. Tum vero expressa

diss. jurid. de fidejussorib. in genere. Tubingae 1608. th. XXV; Lauterbach. I. I. th. XXXVIII, 19; Hering. I. I. XXVII. P. II. n. 23. 78—87; Donell. T. IV. p. 563. XI; Voet. I. I. XLVI, 1. n. 16. 24; Hofacker, Princ. Jur. Rom. Germ. §. 2037. B; Schrader I. I. ad §. 4. J. III, 20. not.: „hujus solius detrimentum erit“, et „sibi imputare debet“; — negant eam Huber I. I. ad lib. XLVI, 1. n. 3 init.: „ubi et de renunciatione, quam expressam esse oportet, specialem esse non oportet“; Clawe, disp. legal. de fidejussoribus. Jenae 1631. th. 24; Mackeldey, Lehrb. §. 339.

⁷³⁾ Omnes scilicet exceptiones „Non = Usu“ amittuntur. Cfr. Puchta, Pand. §. 95 i. f.

⁷⁴⁾ Cujus paragraphi finis hic est: „Sed si ab uno fidejussore creditor totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is, pro quo fidejussit, solvendo non sit, et sibi imputare debet, quum potuerit adjuvari ex epistola D. Hadriani, et desiderare, ut pro parte in se detur actio.“ Cfr. Gaj. III, 122.

⁷⁵⁾ Solutione enim facta, non exceptio divisionis, sed regressus, de quo disserendi hic locus non est, agitur.

⁷⁶⁾ Complures hujusmodi causas enumerat Voet I. I. n. 24: „si pro debito individuo itineris, actus, viae plures fidejusserint, sicut enim talis obligatio ex persona heredum non recipit divisionem, sed a singulis promissoris heredibus solida petitio est; l. 17. D. VIII, 1; l. 2. §. 2. D. XLVI, 1. ita quoque inter confidejussores divisionem actionis fieri haud patitur conditio obligationis. Idemque esse volunt, si pro facto individuo fidejussio a pluribus facta sit.“

in solidum obligatione beneficium amitti putarunt alteri, alteri negarunt. (Verba ⁷⁷⁾ enim, quibus fidejussores expressim in solidum sese obligare solent, alii aliter interpretari conati sunt. Carpzovius (J. F. Part. II. const. XVII. def. IX.) duas refert horum verborum explicationes, quarum altera verba ita, ut singuli, nisi ceteri solvendo esse ante exactam pecuniam desierint, in solidum obligati non videantur, explicat, altera in solidum obligationem ita, ut suam quisque partem solvens ad solidi solutionem se allaturum esse promittere putetur, interpretatur. Sed quum in iisdem verbis eadem semper sententia, ne voluntas contrahentium obscura aut dubia sit, inesse debeat, talibus verbis singulos se in solidum ita, ut unusquisque in solidum se tenturum esse promittat, sese obligare, una cum Carpzovio et plurimis viris doctis censemus. Sed quum ipsa Codicis constitutione ⁷⁸⁾ beneficium divisionis, etiamsi fidejussores manifestis verbis se in solidum obligavissent, locum habere, quia tali obligatione nihil, nisi id, quod ipso jure valeat, efficiatur, probetur, hisce in verbis renunciationem, quae Romani quidem juris sunt principia, non inesse persuasissimum nobis est ⁷⁹⁾. Deinde autem

⁷⁷⁾ „In solidum, Unus pro omnibus“ („sämmtlich und sonderlich, alle für einen und einer für alle“). Qualis autem sit effectus earum fidejussionis formularum, quae in Germania sunt (aut fuerunt) quotidiana, nostra non interest.

⁷⁸⁾ l. 3. C. VIII, 41: „Nam et licet significes, adjectum esse in obligatione, ut singuli in solidum tenerentur, tamen nihil haec res mutat conditionem juris et constitutionem. Nam et quum hoc non adjiciatur, singuli tamen in solidum tenentur; sed ubi sunt omnes idonei, in portionem obligatio dividitur.“ — Tum vero Voet l. l. n. 54, utrum singuli in solidum sese obligaverint, an singuli sese solidum soluturos esse (ita scilicet ut uno solvente reliqui liberentur) promiserint, distinguendum esse arbitratur. Namque hac in causa, non in illa, beneficium divisionis cessare. Quid vero fidejussores, qui se in solidum teneri addiderunt, volunt, nisi ut cum quolibet eorum in solidum agi possit? Itaque illa distinctio non satis idonea videtur.

⁷⁹⁾ Cfr. Erlenkamp l. l. th. XXV. (qui vero Perezium ad lib. VIII. C. 41. n. 29. ad verbum transscripsit); Barsoenius th. XVI, XVIII; Stromeyer. th. 90. n. 6; Dorscheuer contr. II; Trechselius th. XVIII; Bernhardsi, diss. jurid. de fidejussorib. Wittenbergae 1676. §. 20. (3), qui autem hoc inani utitur argumento: „Cum dubia valde et generalia maxime haec verba sint. In dubiis autem semper benigniora sunt praeferenda —; quia expressa et specifica renuntiatio, uti paulo ante dictum, requiritur tanquam formale adeoque per aequipollentia verba adimpleri nequit.“ Lenzner, disp. jurid. ad Lib. XLVI. tit. 1. Wittenbergae 1676. ad l. 26 i. f. eod.; de Warnsdorff, de actione cessa adversus confidejussores in solidum competente. Vitembergae 1722. p. 7. §. IX; C. A. Schaab, diss. inaugural. jurid. de fidejussore, qui etc. Moguntiae 1786. §. 18 init.; Struve, Synt. Jurispr. Exerc. XLVII. n. XLIV.

eum qui se ut reum principalem („Selbstschuldner“) obligaverit, beneficio divisionis renunciasset putandum esse nonnulli existimarunt ⁸⁰⁾. Sed quum ante exceptionem excussionis (Nov. 4.) omnes fidejussores ut rei principales utique tenerentur, et post illam Novellam tali obligatione fidejussores beneficio uni excussionis renunciarent, nos quidem fidejussores ut reos principales obligatos divisionis exceptionem amittere negamus. — Cur vero etiam fidejussor, qui naturalem obligationem in se suscepit, tacite renunciasset videatur ⁸¹⁾, nos quidem intelligere nequimus. — Ad extremum autem ejus quoque sententiae, beneficium nostrum jurejurando fidejussioni addita amitti, ratio nobis habenda erit. Sed quum jusjurandum negotii, cui additum est, effectum mutare nequeat, eo divisionis exceptioni renunciari negare certe debemus ⁸²⁾.

Quae quum ita sint, nullam fidejussionis formam expressa renunciatione excepta, quominus exceptio divisionis opponi possit, prohibere constat. Tacite autem is solus, qui sciens hoc beneficium sibi competere, id aliqua de causa neglexit, renunciasset putatur. Nam, qui beneficium divisionis ignorans lite jam contestata eo usus non est, beneficium

(ad lib. XLVI, 4.); Huber. XLVI, 4. n. 3. 4; Voet l. l. n. 24; Lanterbach. th. IX i. fin. XI; Idem Coll. ad lib. XLVI, 4. § XLIII; Schweppe, röm. Privatr. §. 511; Göschel, Civilr. T. II. P. 2. p. 518. — Aliam sententiam probant Georgius Stellingius, disp. jurid. de fidejussorib. Helmaestadi 1619. th. 39; Balth. v. Hatten. th. 45. („prior sum in affirmativam: verba enim cum effectu sunt accipienda“); Carpzov. l. l. def. IX; Hering. c. 17. n. 50 et sqq.; Hofacker l. l. §. 2037. I. B; qui vero non de jure Romano, sed de jure hodierno (imprimis Saxonico) beneficium excludi dicunt. — Lauterbach. l. l. „beneficio obstat verbum indivisum“ putat. ⁸⁰⁾ Cfr. Henr. ter Braak th. XXIV; Pyrrh. Maurus. p. 611. n. 35; contra eos v. Hering. XXVII, II. n. 33; Hellfeld. § 1916; Mühlenbruch, Pand. T. II. p. 557. (§. 484.).

⁸¹⁾ Clawe l. l. th. 25.

⁸²⁾ Cfr. Lauterb. th. XII; Carpzov. J. F. II. c. XVII. def. V, et scriptores ab eo citati; Schweppe l. l. T. III. p. 345. §. 511; Girtanner p. 467 i. f. p. 468: „Ueberhaupt aber soll der Eid nach der später herrschend gewordenen Ansicht der Praxis nur die Wirkung haben, dass er das Geschäft in seinem Bestehen sichert, dessen Gültigkeit ausser Zweifel setzt, nicht aber soll er abändernd wirken (sequitur naturam negotii)“; Glück, Comment. T. IV. §. 341. p. 544: „Vielmehr versteht sich der Eid jederzeit unter bewandten Umständen, und alle die Bedingungen, welche das Versprechen an sich enthält, sind auch stillschweigend unter dem zu dem Versprechen gekommenen Eide mit begriffen.“ Cfr. Puchta. §. 253. — Sin autem fidejussor, se numquam exceptionem oppositum esse juraverat, beneficium quin amittatur, non dubitamus. Cfr. Strykius, de cautel. contr. §. 8 i. f. §. 17.

allegare quidem nequit, sed non quia tacite renunciasset videtur, sed quia tempus, quo exceptio divisionis opponenda est, praeteriit.

II. De expressa beneficii renunciatione.

Qualis autem, si expressim renunciatur, renuntiatio esse debeat⁸³⁾, inter viros doctos parum constat⁸⁴⁾. Multis quidem legibus, e Digestis delibatis, suam quisque hac de re sententiam probare studet, sed illas leges intuentes eas, una excepta, huc minime pertinere intelligemus. Specialiter autem beneficio divisionis renunciari posse, quum, si universa renuntiatio beneficiorum — id quod nemo negabit — de jure Romano valet, specialis renuntiatio omnium et firmissima et certissima sit, nullis argumentis testibusque egere videtur⁸⁵⁾. Leges autem, quibus alii aliam sententiam firmant, hae sunt:

l. 1. D. Si quis in jus vocatus (II, 3.): „Si quis in jus vocatus fidejussorem dederit in judicio sistendi causa non suppositum jurisdictioni illius, ad quem vocatur, pro non dato fidejussor habetur, nisi suo privilegio specialiter renuntiaverit.“ Ulpianus libro I. ad Edictum.

l. 4. §. 4. D. Si quis cautionibus (II, 11.) *): „Quaesitum est, an possit conveniri, ne ulla exceptio in promissione deserta judicio sistendi causa facta objiciatur? et ait Atilicinus, conventionem istam non valere. Sed et ego puto conventionem istam ita valere, si specialiter causae exceptionum expressae sint, qui-

⁸³⁾ De diversis renunciationis speciebus cfr. Boyneburg. th. XXXIX. n. 2—7; Lauterb. th. XXXVII, 3. junct. cum th. XXXVIII, 8; Clawe. th. 24, III.

⁸⁴⁾ Cfr. Erlenkamp. th. XXXV; Trechselius. th. XVIII; Bernhardi. §. 18. p. m. §. 20. (3); Barsoenius. th. XVIII. (2); Perez ad C. IV, 18. n. 14; Voet. n. 16. 24; Hellfeld. §. 1917; Hofacker. §. 2037, III, A; Lauterb. th. XXXVIII; Malblanc. §. 681; Bucher, Recht der Forder. §. 131. 2. a. Fidejussores etiam „subalterna“ renunciatione uti posse existimant: a Boyneburg. th. XXXIX, 9—15, et scriptores ab eo citati; Hering. c. XVII. n. 44 sqq.: „Nam sufficit, quod species privilegii exprimitur secundum suam speciem, non autem secundum suam singularitatem“; cfr. maxime n. 48. — Alii denique, quum renunciationem, nisi expressa sit, non valere dicant, generaliter quoque renunciari posse probare videntur, cfr. Clawe. th. 24; Huber. XLVI, 1. in. 3; Struve l. l. Mackeldey. §. 339.

⁸⁵⁾ Sed ne specialem quidem renunciationem, si dolo ad fidejubendum et renunciandum inductus fuerit valere, dixit Carpzov. def. 10.

*) Pro qua lege Trechselius th. XVIII. perperam scripsit: „l. 4. §. 4. C. de pact.“

bus a promissore sponte renunciatum est.“ Ulpianus libro LXXIV. ad Edictum.

l. 51 i. f. D. De administratione et periculo (XXVI, 7.): „Nam licet omnes tutores sint, et tutelam gerant, tamen quum quis de ea re, quae extra suam regionem erit, experiri vel ad iudicium vocari coeperit, perinde non committitur stipulatio, atque si ea administratio tutelae permissa non esset; quantum enim facit in totum denegata, tantumdem valet, si in ea re, de qua agitur, denegata sit.“ Venulejus libro VI. Stipulationum.

l. 79. pr. D. de legatis III. (XXXII.): „Si chorus aut familia legetur, perinde est, quasi singuli homines legati sint.“ Celsus libro IX. Digestorum.

l. 99. pr. D. De verborum obligationibus (XLV, 1.): „Quidquid adstringendae obligationis, id, nisi palam verbis exprimitur, omis- sum intelligendum est.“ Celsus libro XXXVIII. Digestorum.

Sed de illis legibus tres et illae postremae, quum de rebus longe aliis loquantur neque ad renunciationem transferri possint, prorsus nobis negligendae sunt. L. autem 4. §. 4. D. cit. non eadem ab omnibus ratione explanatur. Sic Pufendorfius (Observ. T. II. obs. XLIII. §. 1.) tres hominum doctorum de exceptionis divisionis renunciatione sententias, quae ex una omnes illa lege emanaverint, enumerat. Alios enim, quorum sententiam vocat communem, „praecedente speciali quorundam beneficiorum et exceptionum renunciatione generalem adeo valere, ut omnes exceptiones et beneficia juris excludat“, existimare⁸⁶⁾. Alteram sententiam esse eorum, „qui hoc ita verum putent, si exceptiones expressas cum non expressis connexionem quandam habeant, ut colligi possit, probabiliter de reliquis cogitatum fuisse“⁸⁷⁾. Tertiam denique eorum esse sententiam, qui „neque ad incogitata generalem renunciationem trahi neque de eo intelligi, quod causae naturaliter insit“ arbitrentur⁸⁸⁾. Pufendorfius vero ipse generalem omnium beneficiorum renunciationem eatenus tantum valere, quatenus appareat quid actum sit,

⁸⁶⁾ Coler. de process. execut. P. I. c. 10. n. 276.

⁸⁷⁾ Stryk. de caut. contract. S. 1. cap. 5. §. 2; cfr. Idem: Usus modern. Pandectar. ad lib. II. tit. 11. n. IX; Schulting, enarratio partis primae Pandectarum II, 11. §. 7: quorum sententiam sequi videtur Mühlenthal, Pand. I. §. 119. n. 6.

⁸⁸⁾ Dalnerus, Tr. de renunciationibus, C. 2. Ant. Faber, ad Cod. L. VIII. tit. 28. def. 31.

existimat⁸⁹⁾. Plurimi autem eorum, quos supra n. 84. citavimus, ut specialiter renunciandum esse probent, l. 4. §. 4. D. cit. utuntur argumento. Sed ut nostram hac de lege sententiam exponamus, Ulpianus⁹⁰⁾ ibi exceptionum causas singulis exceptionibus sicut genus speciebus opposuisse nobis videtur. Si enim unicuique exceptioni specialiter renunciandum esse censeret, non erat, quod super vocem „specialiter“ verbum „causae“ poneret. Ad causam vero quandam exceptionum eae pertinent exceptiones, quae communi quasi vinculo inter se conjunctae sunt, veluti exceptiones fidejussoriae. Quod autem Ulpianus subalterna renunciatione omnes exceptiones ejusdem, de quo agatur, generis amitti tradit, quum neque nimiae ejusdem generis exceptiones esse soleant et, eum, qui tali modo renunciat, ea quidem beneficia omnia cognita habere haud injuria existimare possimus, iniquitatis certe non accusabitur. Quae quum ita sint, et speciali et subalterna exceptionum renunciatione semper eas amitti censemus. Sin autem vel generaliter vel alio modo renunciatum est, nos quoque renunciationem eatenus valere, quatenus eum, qui renunciavit, beneficia cognovisse constet, arbitramur. — Certiorationem⁹¹⁾ autem, cujus in Romano quidem jure nulum vestigium invenitur, renunciationem antecedere debere, quum ne principiis quidem juris Romani respondere videatur, negandum nobis erit. Quod enim ad exceptionum ignorantiam pertinet, communis de juris ignorantia regula hic quoque valebit.

⁸⁹⁾ „Et haec sententia L. 4. §. 4. D. si quis caut. videtur esse, ut causae specialiter exceptionum exprimantur, quo, quid actum sit, appareat. Juris igitur ratio non admittit, ut renunctio generalis ad ea trahatur, de quibus quis sensisse et cogitasse non intelligatur.“

⁹⁰⁾ Cujacii (Observ. Lib. XIV. cap. 7.) conjectura, verba „sed et ego — renunciatum est“ Tribonianum esse emblemata, parum certe probata est. — Utrum vero „sed et ego“ an „sed ego“ legendum sit, haud in magno discrimine ponimus. Ulpianus enim aut sententiam suam ab Atilicini opinione, qui specialem tantum renunciationem probasse videtur, prorsus distare aut utrumque generalem quidem renunciationem rejicere dicit.

⁹¹⁾ Cfr. Lauterbach l. l. th. XXXVIII; Strykius, de cautel. contr. Sect. I. cap. 5. §. 6 et 7; Carpzov, J. F. Part. II. c. XVII. d. IV.

existant⁸⁹). Plurimi autem eorum, quos supra n. 84. citavimus, ut specialiter renunciandum esse probent, l. 2. §. 1. d. cit. utuntur argu-mento. Sed ut nostram hac de lege sententiam exponamus, Ulpia-nus⁹⁰ ibi exceptionum causas singulis exceptionibus sicut genus specie-bus opposuisse nobis videtur. Si enim unicuique exceptioni specialiter renunciandum esse censeret, non erat, quod super vocem „specialiter” verbum „causae” poneret. Ad causam vero quandam exceptionum eas pertinent exceptiones, ut si quis d. cit. inter se conjunctas sunt, veluti exceptiones fidejussoriae. Quod autem Ulpianus subal-terna renunciatione omnes exceptiones ejusdem, de quo agatur, generis amitti tradit, prout neque nimis ejusdem generis exceptiones esse so-leant et eam, qui tali modo renunciat, ex quidem beneficii

CONSPECTUS.

PROOEMIUM.

I. De lege Furia de sponsu	pag. 1—5
§. 1. Quibus in causis legis Furiae beneficium locum habuerit	— 2
§. 2. De natura beneficii divisionis e lege Furia nati	— 3
§. 3. De effectu beneficii legis Furiae	— 4
II. De vero exceptionis divisionis auctore	— 5—7

PARS PRIOR: De natura et effectu exceptionis divisionis 8—43

I. De ejus natura	8—28
§. 1. Qua ratione commotus D. Hadrianus exceptionem divi- sionis fidejussoribus dederit	— 8
§. 2. Qua ratione epistola D. Hadriani cum lege Furia con- jungenda sit	— 9
§. 3. De beneficii epistolae D. Hadriani nominibus	— 10
§. 4. De natura exceptionis divisionis universa	— 10
§. 5. De tempore, quo exceptio divisionis opponi debeat	— 13
§. 6. De exceptionis divisionis conditionibus	— 15
§. 7. De lege 28. D. XLVI, 1.	— 25
II. De effectu exceptionis divisionis	— 28—43
§. 8. Enumerantur argumenta, quibus Wening-Ingenheim exceptionem divisionis esse peremptoriam probat	— 28
§. 9. Argumenta, quibus Weningius l. l. usus est, exa- minantur	— 35
§. 10. Obligationis fidejussoriae divisionem lite cum omnibus fidejussoribus contestata effici negatur	— 37

PARS ALTERA: Quibus in causis exceptio divisionis	
locum habere possit	pag. 44—69
I. Enumerantur causae, in quibus exceptio legibus	
ipsis data est	— 44—46
§. 1. Fidejussoribus hanc exceptionem opponere licet . . .	— 44
§. 2. Mandatores exceptionem divisionis opponere possunt nec non ii, qui pro aliis pecunias constituerunt . . .	— 45
II. Exceptio divisionis Jurisconsultorum interpreta-	
tione usuque forensi concessa est	— 46—49
§. 3. Fidejussoris fidejussori	— 46
§. 4. Fidejussoris heredi	— 47
§. 5. Pluribus tutoribus, qui tutelam simul omnes aut ges- serunt aut non gesserunt	— 48
§. 6. Pluribus magistratibus, qui tutorem dederunt . . .	— 49
III. Utrum exceptio divisionis ad alias quoque perso-	
nas transferri possit	— 50—53
§. 7.	— 50
IV. De Novella XCIX	
§. 8. De fine hujus capitis	— 53
§. 9. Qua ratione Novella XCIX cum Novella IV sit con- jungenda	— 53
V. Quando exceptio divisionis amittatur	
§. 10. De hac re universa	— 61
§. 11. Exceptio divisionis amittitur poenae causa	— 62
§. 12. Exceptio divisionis, si ei renunciatum est, locum non habet	— 63

PARS ALTERA: Quibus in causis exceptio divisionis

locum habere possit	pag. 44—69
I. Enumerantur causae, in quibus exceptio legibus	
ipsa data est	44—46
§. 1. Fidejussoribus hanc exceptionem opponere licet	44
§. 2. Mandatores exceptionem divisionis opponere possunt	45
nec non ii, qui pro aliis pecuniis constitunt	45
II. Exceptio divisionis Jurisconsultorum interpreta-	
tione namque forensi concessa est	46—49
§. 3. Fidejussoris fidejussori	46
§. 4. Fidejussoris heredi	47
§. 5. Pluribus tutoribus, qui tutelam simul omnes aut ges-	48
serunt aut non gesserunt	48
§. 6. Pluribus magistratibus, qui tutorem debent	49
Typis expressit E. A. Huth, Typogr. acad. Gotting.	
III. Utrum exceptio divisionis ad alias quoque perso-	
nas transferri possit	50—53
§. 7.	50
IV. De Novella XCIX	
§. 8. De hac novae capitula	53
§. 9. Qua ratione Novella XCIX cum Novella IV sit con-	53
jungenda	53
V. Quando exceptio divisionis amittitur	
§. 10. De hac re universa	61
§. 11. Exceptio divisionis amittitur poenae causa	62
§. 12. Exceptio divisionis, si ei renunciatum est, locum	63
non habet	63
II. De	
§. 8.	69
§. 9.	70
§. 10.	71

Typis expressit E. A. Huth, Typogr. acad. Gotting.

Grotefend, Georg August

De exceptione divisionis commentatio in certamine literario civium
Academiae Georgia Augustae ex sententia Illustrissimi Jureconsultorum
Ordinis die IV mensis Junii anni MDCCCLII praemio Regio ornata

Gottingae 1852

4 Diss. 3912,27

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10979032-5